Was versteht das Bürgerliche Gesetzbuch unter „Schadensersatz wegen Nichterfüllung"?

(Mit besonderer Berücksichtigung der §§ 325, 326 B.G.B.)

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristenfakultät

der

Großherzoglich Mecklenburg-Schwerinischen
Landes-Universität zu Rostock

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

vorgelegt von

Hans Hampel
Kammergerichts-Referendar.

BERLIN 1905.
Buchdruckerei Bernhard Paul, Berlin SW. 48.

Seinen lieben Eltern

in Dankbarkeit und Verehrung

gewidmet

vom

Verfasser.

Inhalts-Übersicht.

Seite

A. Einleitung: Erfüllung und Erfüllungssurrogate der Obligation. § 1 7

B. Abhandlung:

I. Allgemeiner Teil: Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung im allgemeinen.

1. Der Begriff des Schadens. § 2 11
2. Der Schadensersatz:
   a) Im allgemeinen. § 3 12
   b) Wegen Nichterfüllung: in den Fällen
      α) des § 283 B.G.B. § 4 13
      β) des § 286 Abs. 2 B.G.B. § 5 14
      γ) des § 280 B.G.B.:
         α′) objektive Unmöglichkeit. § 6 14
         β′) subjektive Unmöglichkeit. § 7 . . . 19

II. Besonderer Teil: Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung in den Fällen der §§ 325, 326 B.G.B.

1. Übersicht. § 8 22
2. Geschichtliche Entwickelung:
   a) Überblick über die bisherigen Rechte:
      α) Römisch-gemeines Recht. § 9 31
      β) A.L.R. § 10 34
      γ) Altes H.G.B. § 11 35
   b) Das B.G.B.:
      α) Die Gesetzesmaterialien. § 12 42
      β) Standpunkt des Gesetzes selbst:
         α′) Wesen der gegenseitigen Verträge. § 13 43
         β′) Verhältnis des Schadensersatzes zum Rücktritte. § 14 65
         γ′) Verhältnis der §§ 280, 283, 286 Abs. 2 zu den §§ 325, 326. § 15 72
         δ′) Praktisches Ergebnis und Rechtsprechung, insbesondere des Reichsgerichts, zu den §§ 325, 326. § 16 . . 76

C. Schluß: Rückblick. § 17 80

Litteratur-Verzeichnis.

Adler, Die Lehre vom Leistungsverzug des Verkäufers, in Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Jhrg. VI.

Adler, Zum Rechte des Termingeschäftes, im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. XVII.

Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten.

Corpus iuris civilis (Ausgabe von Krueger und Mommsen).

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I, 4. Aufl., 1903.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 5. Aufl., 1900 und 6. Aufl., 1903.

Denkschrift zu dem Entwurf des neuen H.G.B. (Ausgabe Guttentag).

Dernburg, Das bürgerliche Recht, Bd. II, 1; 3. Aufl., 1905.

Düringer-Hachenburg, Kommentar zum H.G.B., Bd. II, 1901.

Emerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag nach dem B.G.B.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 9. Aufl., 1903.

Engelmann, Der deutsche Civilprozeß, 1901.

Enneccerus-Lehmann, Bürgerliches Recht, Bd. I, 2. Aufl., 1901.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.

Entscheidungen der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechts („Rechtsprechung der Oberlandesgerichte", herausgegeben von Mugdan und Falkmann).

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Erler, Bedarf es im Falle des § 326 B.G.B. zur Begründung des Wahlrechts zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt der Bestimmung einer Frist auch bei vorzeitiger Erfüllungsweigerung des anderen Teils?, im „Recht", Jhrg. 1901.

Fischer-Henle, Handausgabe des B.G.B., 6. Aufl., 1904.

Förtsch, Schadensersatz wegen Nichterfüllung beim Zahlungsverzug des Käufers vor Übergabe der Ware, in der Deutschen Juristen-Zeitung, Jhrg. VII.

Gierke, Entwurf des neuen H.G.B., in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. XLV.

Götte, Selbsthilfeverkauf des Verkäufers bei Zahlungssäumnis des Käufers, in der Deutschen Juristen-Zeitung, Jhrg. IV.

Goldmann-Lilienthal, Das B.G.B., systematisch dargestellt, Bd. I, 2. Aufl., 1903.

Jacobi, Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach §§ 325, 326 B.G.B., unter besonderer Berücksichtigung der Lehre vom Kaufvertrage, 1902.

Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen, Jhrg. IV.

Kaufmann, Anspruch des Verkäufers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Zahlungssäumnis des Käufers, in der Deutschen Juristen-Zeitung, Jhrg. IV.

Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem B.G.B., 1900.

Kisch, Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen, in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. XLIV.

Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem B.G.B., 1900.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B.G.B., Bd. II, 1, 1899.

Leske, Vergleichende Darstellung des B.G.B. und des A.L.R., 1. und 2. Aufl., 1899 (1. Hälfte).

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 3. Aufl., 1900.

Motive zu dem Entwurfe eines B.G.B. (Amtliche Ausgabe.)

Neumann, Handausgabe des B.G.B., Bd. I, 4. Aufl., 1905.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, 1899.

Oertmann, Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht, 1901.

Oswalt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung, in der Deutschen Juristen-Zeitung, Jhrg. IV.

Paech, Der Leistungsverzug, 1902.

Pauli, Über das Recht zum sogenannten Rücktritte vom Kaufe, namentlich bei Lieferungsgeschäften; mit besonderer Berücksichtigung der darüber in dem „Entwurfe eines deutschen H.G.B." enthaltenen Bestimmungen, im Neuen Archiv für Handelsrecht, Bd. III.

Petri, Die Gewährleistung der Mängel im Recht beim Sachkauf, Dissertation, 1899.

Planck, Kommentar zum B.G.B., Bd. II, 1; 3. Aufl., 1904.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des B.G.B., Bd. I. (Ausgabe von Spahn.)

Puchelt, Zeitschrift für französisches Civilrecht, Bd. VII.
„Das Recht". Rundschau für den Deutschen Juristenstand, Jhrg. 1902.
Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen, Bd. II, 1903.
Riezler, Der Werkvertrag nach dem B.G.B., 1900.
Römer, Das Recht desjenigen Kontrahenten, welcher einen Vertrag erfüllt hat, im Falle der Nichterfüllung von seiten des anderen Kontrahenten, in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. XIX.
Schöller, Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem B.G.B., in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. XLIV u. XLV.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, 1. Hälfte, 1900.
Schreier, Die Lehre des B.G.B. von den gegenseitigen Verträgen und ihre Anwendung auf Kauf und Miete, Dissertation, 1898.
Seuffert, Kommentar zur C.P.O., Bd. I, 9. Aufl., 1904.
Staffel, Zur Erläuterung der §§ 325, 326 B.G.B., im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. XCII, 3. Heft.
Staub, Kommentar zum H.G.B., Bd. II, 6. und 7. Aufl., 1900.
Staudinger, Kommentar zum B.G.B., Bd. II, 2. Aufl., 1905.
Stein in Birkmeyers Encyklopädie der Rechtswissenschaft, 1901.
Sydow-Busch, Kommentar zur C.P.O., 9. Aufl., 1901.
Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichem Recht, 1900.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II, 8. Aufl., 1900.
Zimmer, Welche Rechtslage tritt ein, wenn ein Kontrahent Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert? Dissertation, 1902.

A. Einleitung.

Erfüllung und Erfüllungssurrogate der Obligation.

§ 1.

Der wirtschaftliche Zweck jeder Obligation besteht in der Erfüllung, d. h. in der Tilgung der Schuldverbindlichkeit durch die Bewirkung der vertragsmäßig bedungenen Leistung[1]). Dem entsprechend bestimmt § 362 Abs. 1 B.G.B.:

> „Das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird."

Es gibt nun aber gewisse Leistungen, die an und für sich nicht dem Zwecke der Erfüllung dienen; ihre Bewirkung wird aber vom Gesetz als Erfüllung angesehen; es sind dies die sogenannten „Erfüllungssurrogate". Zu diesen gehören die Leistung an Erfüllungsstatt, datio in solutum (§ 364 Abs. 1), die öffentliche Hinterlegung, depositio (§§ 372 ff.), die Aufrechnung, compensatio (§§ 387 ff.), Erlaß der Schuld (§ 397) und Konfusion (z. B. § 767).

Als Erfüllungssurrogat gilt in gewissem Sinne auch der Schadensersatz wegen Nichterfüllung; auch bei diesem „scheidet die Erfüllung als natürliche Lösung des Schuldverhältnisses aus[2])".

Das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewährt das B.G.B. in einer Reihe von Fällen, welche

[1]) Endemann, S. 401, 627.

[2]) „Recht" S. 421.

Zimmer[1]) zusammengestellt hat; die an dieser Stelle befindliche Aufzählung ist jedoch nicht vollständig und bedarf daher hier der Ergänzung.

Am meisten interessieren wegen ihres allgemeinen, alle Schuldverhältnisse betreffenden Inhaltes die Bestimmungen, welche der allgemeine Teil der Schuldverhältnisse enthält. Es gehören hierher folgende Vorschriften:

1. § 280:

„Soweit die Leistung infolge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, hat der Schuldner dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen.

Im Falle teilweiser Unmöglichkeit kann der Gläubiger unter Ablehnung des noch möglichen Teiles der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen, wenn die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat. Die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 bis 356 finden entsprechende Anwendung."

2. § 283:

„Ist der Schuldner rechtskräftig verurteilt, so kann der Gläubiger ihm zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem Ablaufe der Frist kann der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, soweit nicht die Leistung rechtzeitig bewirkt wird; der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen. Die Verpflichtung zum Schadensersatze tritt nicht ein, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der Schuldner nicht zu vertreten hat.

---

[1]) S. 8 Anm. 1.

Wird die Leistung bis zum Ablaufe der Frist nur teilweise nicht bewirkt, so steht dem Gläubiger auch das im § 280 Abs. 2 bestimmte Recht zu."

3. § 286:

„Der Schuldner hat dem Gläubiger den durch den Verzug entstandenen Schaden zu ersetzen.

Hat die Leistung infolge des Verzugs für den Gläubiger kein Interesse, so kann dieser unter Ablehnung der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 bis 356 finden entsprechende Anwendung."

Für die gegenseitigen Verträge sind folgende spezielle Bestimmungen hervorzuheben:

1. § 325:

„Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, unmöglich, so kann der andere Teil Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder von dem Vertrage zurücktreten. Bei teilweiser Unmöglichkeit ist er, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrags für ihn kein Interesse hat, berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit nach Maßgabe des § 280 Abs. 2 zu verlangen oder von dem ganzen Vertrage zurückzutreten. Statt des Anspruchs auf Schadensersatz und des Rücktrittsrechts kann er auch die für den Fall des § 323 bestimmten Rechte geltend machen.

Das Gleiche gilt in dem Falle des § 283, wenn nicht die Leistung bis zum Ablaufe der Frist bewirkt wird oder wenn sie zu dieser Zeit teilweise nicht bewirkt ist."

2. § 326:

„Ist bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Teil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge, so kann ihm der andere Teil zur Bewirkung der

Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem Ablaufe der Frist ist er berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von dem Vertrage zurückzutreten, wenn nicht die Leistung rechtzeitig erfolgt ist; der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen. Wird die Leistung bis zum Ablaufe der Frist teilweise nicht bewirkt, so findet die Vorschrift des § 325 Abs. 1 S. 2 entsprechende Anwendung.

Hat die Erfüllung des Vertrags infolge des Verzugs für den anderen Teil kein Interesse, so stehen ihm die im Abs. 1 bezeichneten Rechte zu, ohne daß es der Bestimmung einer Frist bedarf."

Auch der besondere Teil der Schuldverhältnisse, sowie das Familien- und Erbrecht weisen eine Anzahl von Vorschriften über den Schadensersatz wegen Nichterfüllung auf; nämlich:

1. beim Kaufe: §§ 440 ff., 463;
2. bei der Schenkung: §§ 523 Abs. 2, 524 Abs. 2;
3. bei der Miete: §§ 538, 545 Abs. 2;
4. beim Werkvertrage: § 635;
5. bei Nichterfüllung der Unterhaltspflicht: §§ 1613, 1615;
6. beim Vermächtnis: § 2183 S. 2.

Während bezüglich des Wesens der oben S. 7 erwähnten, eigentlichen Erfüllungssurrogate keine Meinungsverschiedenheiten herrschen, gehen die Ansichten über die Natur des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung auseinander.

Dieser Umstand läßt es als gerechtfertigt erscheinen, wenn wir in der folgenden Abhandlung den Versuch unternehmen, den Begriff des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung unter besonderer Berücksichtigung der §§ 325, 326 klar zu stellen.

B. Abhandlung[1]).

I. Allgemeiner Teil.

Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung im allgemeinen.

1. Der Begriff des Schadens.

§ 2.

Bei einer Erörterung des Begriffes „Schadensersatz" ist logischer Weise von der Vorfrage auszugehen, was unter „Schaden" zu verstehen ist.

Schaden ist die Beeinträchtigung der Interessen einer Person durch ein bestimmtes Ereignis oder eine bestimmte Handlung. Von überwiegender, wenn auch nicht ausschließlicher Bedeutung ist der Vermögensschaden, d. h. also die Beeinträchtigung der in Geld abschätzbaren Interessen einer Person. Der Schaden wird demnach gebildet aus der Differenz zwischen dem gegenwärtigen und demjenigen Vermögensbestande, welcher vorhanden sein würde, wenn der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand nicht ein-

[1]) In der folgenden Abhandlung soll der Kürze halber derjenige Kontrahent, dessen Leistung unmöglich geworden oder verzögert ist, als Schuldner, der vertragstreue Teil als Gläubiger bezeichnet werden. Ferner soll unter „verschuldeter" die zu vertretende Unmöglichkeit verstanden sein. Endlich bedeutet:

Kisch I: Abhandlung über die Unmöglichkeit.
Kisch II: Abhandlung bei Jhering.
Schöller I: Abhandlung bei Gruchot Bd. XLIV.
Schöller II: Abhandlung bei Gruchot Bd. XLV.
Oertmann I: Kommentar.
Oertmann II: Abhandlung über die Vorteilsausgleichung.

getreten wäre. Zu dieser Vermögenseinbuße ist sowohl der positive Vermögensverlust (damnum emergens) als auch der entgangene Gewinn (lucrum cessans, § 252 S. 1 B.G.B.) zu rechnen. In dieser Weise hat schon Paulus in l. 13 pr. D. XLVI, 8 den Begriff des Vermögensschadens definiert: „ . . . . id est quantum mihi abest" [d. h. damnum emergens] „quantumque lucrari potui" [lucrum cessans].

2. Der Schadensersatz.

a) Im allgemeinen.

§ 3.

Wer demnach Schadensersatz zu leisten hat, hat die durch das Ereignis oder die Handlung hervorgerufenen, nachteiligen Folgen aus dem Wege zu räumen, jenen Vermögensunterschied zu beseitigen.

Im römischen Rechte erfolgte der Schadensersatz durch Geldleistung. Da aber der Geldersatz, wie Dernburg[1]) sagt, den Gläubiger zwar rasch zum Ziele führt, jedoch dem Beschädigten nicht genau das gibt, was ihm entzogen ist, so verlangte schon das A.L.R. I, 6 § 79, daß „alles, soviel möglich, wieder in den Zustand gesetzt werde, welcher vor Anrichtung eines Schadens vorhanden war." Dem folgt grundsätzlich das B.G.B. im § 249 S. 1, welcher bestimmt:

„Wer zum Schadensersatze verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre."

Das B.G.B. stellt also im allgemeinen den Grundsatz der sogenannten „Naturalrestitution" auf; d. h. der Gläubiger wird, da sich Geschehenes nicht ungeschehen machen läßt, nicht etwa in den Zustand zurückversetzt,

---

[1]) S. 77.

in dem er sich ohne den Eintritt des schädigenden Ereignisses oder der schädigenden Handlung befunden hätte, vielmehr soll diese Lage für die Zukunft herbeigeführt werden[1]).

Der Grundsatz der Naturalrestitution erleidet aber sowohl im Interesse des Gläubigers wie des Schuldners einige Ausnahmen; der Anspruch auf Naturalrestitution ist ausgeschlossen:

1. natürlich, wenn die Wiederherstellung nicht möglich ist;

2. in den Fällen der §§ 251 Abs. 1 (vgl. A.L.R. I, 6 §§ 80, 81) und 251 Abs. 2;

3. In den Fällen des § 249 S. 2.

Es entsteht nun die Frage, ob die allgemeinen Vorschriften der §§ 249 ff. auch auf den Schadensersatz wegen Nichterfüllung Anwendung finden, namentlich ob auch der Schadensersatz wegen Nichterfüllung in erster Linie (§ 249 S. 1) durch Naturalherstellung zu leisten ist. Zunächst scheint dies ein Widerspruch zu sein, so daß man prima facie geneigt ist, den Schadensersatz wegen Nichterfüllung, eben weil er aus der Nichterfüllung entspringt, stets nur auf Geld zu richten. Gleichwohl ist man in der Theorie vielfach zu einem mehr oder weniger abweichenden Ergebnis gelangt, dessen Richtigkeit im folgenden zu prüfen ist. Dabei scheidet man zweckmäßig die einzelnen Fälle des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung.

b) Wegen Nichterfüllung: in den Fällen

a) des § 283 B.G.B.

§ 4.

In dem Falle des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung nach rechtskräftigem Erfüllungsurteil und Ablauf der gesetzten Frist (§ 283) sagt das Gesetz selbst:

[1]) Planck S. 21, Anm. 2d.

„Der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen" (§ 283 S. 2 Halbs. 2). Angesichts dieser allgemeinen Fassung ist jeder Zweifel darüber ausgeschlossen, daß der Anspruch auf jede Erfüllung erlischt, mag sie als ursprüngliches Leistungsobjekt oder als Naturalrestitution gemäß §§ 249 ff. gefordert werden, und mag die Leistung an sich möglich sein oder nicht. Die Ansicht wird denn auch allgemein in der Literatur vertreten[1]).

β) des § 286 Abs. 2 B.G.B.

§ 5.

Auch bei dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung im Falle des Verzuges bei mangelndem Interesse des Gläubigers an der Leistung des Schuldners (§ 286 Abs. 2) folgt sowohl aus der Natur der Sache als auch aus der Fassung des Paragraphen, welcher von einer „Ablehnung der Leistung" [scil. des Schuldners] spricht, der Ausschluß der Naturalherstellung (§§ 249 ff.)[2]).

γ) des § 280 B.G.B.

α') Objektive Unmöglichkeit.

§ 6.

Es fragt sich nun weiter, in welcher Weise der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei verschuldeter Unmöglichkeit (§ 280) zu leisten ist.

Im voraus zu bemerken ist, daß unter den Tatbestand des § 280 das einfache Nichtleistenwollen nicht fällt; dieses ist vielmehr nach den Grundsätzen der §§ 283, 286 zu beurteilen[3]). Im übrigen sollen die Fälle der objektiven und subjektiven Unmöglichkeit eine gesonderte Betrachtung erfahren.

---

[1]) Vgl. Neumann S. 248 Anm. 2 zu § 283, Planck S. 88 Anm. 1 zu § 283, Jacobi S. 44, Kisch I, S. 127.

[2]) Vgl. Planck S. 97 Anm. 1 zu § 286.

[3]) Vgl. Jacobi S. 36 ff., Schöller II, S. 532 ff.

Das B.G.B unterscheidet nämlich — gleich dem römischen Rechte [l. 137 § 5 D. XLV, 1: „Si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alio possibile sit, iure factam obligationem Sabinus scribit“] — eine objektive und eine subjektive Unmöglichkeit: die letztere bezeichnet es als „Unvermögen des Schuldners zur Leistung“ [§ 275 Abs. 2]. Eine Leistung wird objektiv unmöglich genannt, wenn sie von keinem Menschen bewirkt werden kann. Dabei ist es ganz unerheblich, ob das Recht die Bewirkung der Leistung nicht zuläßt, oder ob die Leistung aus faktischen Gründen nicht bewirkt werden kann. Dieser objektiven Unmöglichkeit steht das bloße Unvermögen gegenüber; bei diesem ist die Leistung zwar objektiv möglich, nur der Schuldner ist zu ihrer Bewirkung außer stande; es ist genügend, wenn irgend ein anderer zur Bewirkung der Leistung im stande ist.

Das Unvermögen kann übrigens auch eine objektive Unmöglichkeit begründen, wenn nämlich nach dem Inhalte des Schuldverhältnisses die Leistung durch den Schuldner in Person erfolgen muß[1]).

Was nun zunächst die objektive Unmöglichkeit in § 280 anbetrifft, so folgert Planck[2]) mit Recht, daß der Gläubiger auf Grund des § 251 Abs. 1 sofort Schadensersatz in Geld verlangen könne[3]); denn wenn die Leistung tatsächlich unmöglich ist, so ist die Herstellung ausgeschlossen. Der Gläubiger kann also, wenn die objektive Unmöglichkeit feststeht, sofort auf Geldentschädigung klagen.

Es entsteht die Frage, ob er vielleicht auch noch trotz der Unmöglichkeit auf Leistung klagen könne.

---

[1]) Planck S. 68, Anm. 1 zur Übersicht über die §§ 275—290.

[2]) Zu §§ 249, 280.

[3]) Vgl. auch Leske S. 124, VI, 1, Neumann S. 247 Anm. 3 zu § 280, Schollmeyer S. 32 Anm. 1 zu § 251, Jacobi S. 35, Kisch I, S. 122, Schöller I, S. 607.

Man wird die Frage unwillkürlich verneinen; und doch wird ihm dieses Recht von einigen Schriftstellern eingeräumt, namentlich anscheinend von Planck; denn er sagt[1]): „in diesem Falle kann" (also nicht muß) „der Gläubiger sofort Entschädigung in Geld verlangen", und an einer anderen Stelle[2]): „Der Gläubiger kann sich übrigens den Beweis der eingetretenen Unmöglichkeit immer dadurch ersparen, daß er zunächst" (also trotz der Unmöglichkeit) „auf Erfüllung klagt . . . . ." Ähnlich auch Oertmann; allerdings beschränkt er sich an der einen Stelle[3]) auf das Unvermögen: „In derartigen Fällen" (nämlich bei zu vertretender Unmöglichkeit) „richtet sich nunmehr der Anspruch auf Schadensersatz, es kann aber auch der Gläubiger, wenigstens bei bloßem Leistungsunvermögen des Schuldners, zunächst noch auf die alte Hauptleistung klagen." Aber an anderer Stelle[4]) sagt Oertmann ausdrücklich: „Will der Gläubiger der Unmöglichkeit ungeachtet noch auf Erfüllung klagen, so ist ihm das unverwehrt."

Die berührte Frage hängt mit der Verteilung der Beweislast zusammen; auf diese ist daher hier kurz einzugehen:

Fordert der Gläubiger beim Vorhandensein objektiver Unmöglichkeit Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so ist er zum Beweise dieser Unmöglichkeit verpflichtet, während der Schuldner seinerseits das Fehlen einer Vertretungspflicht nachweisen muß; dies folgt aus § 282 B.G.B.:

„Ist streitig, ob die Unmöglichkeit der Leistung die Folge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes ist, so trifft die Beweislast den Schuldner."

---

[1]) S. 81, Anm. 3 zu § 280.
[2]) S. 87, Anm. 1 zu § 282.
[3]) I, S 35 No. 2.
[4]) I, S. 40 No. 4.

Den Beweis der Unmöglichkeit glaubt Planck[1]) dem Gläubiger dadurch ersparen zu können, daß er ihm die Erfüllungsklage gewährt, da dann der Schuldner den Beweis der Unmöglichkeit antreten müßte.

Dieser Ansicht Plancks können wir aber keineswegs beipflichten. Denn es ist, vom logischen Standpunkte aus betrachtet, ein Unding, jemanden zu einer unmöglichen Leistung zu verurteilen[2]). Aber auch nach dem Gesetze selbst ist eine solche Verurteilung nicht angängig; denn § 280 Abs. 1 bestimmt:

„Soweit die Leistung infolge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, hat der Schuldner dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen."

Diese Vorschrift bedeutet: Der Schuldner wird bei zu vertretender Unmöglichkeit zwar nicht — wie bei nicht zu vertretender Unmöglichkeit (§ 275) — von jeder Verbindlichkeit befreit, aber andererseits bleibt — und das ist das Wesentliche — das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis auch nicht völlig unberührt[3]); vielmehr tritt an die Stelle und im Verhältnisse der unmöglich gewordenen Leistung der Schadensersatz wegen Nichterfüllung, es steht, mit anderen Worten, insoweit dem Gläubiger auch kein Anspruch auf die Leistung mehr zu; und was der Gläubiger nicht beanspruchen darf, das kann er mit Erfolg auch nicht mehr einklagen.

Mit dem durch obige Erwägungen gewonnenen Ergebnisse scheinen die Motive[4]) im Widerspruch zu

[1]) S. 87 Anm. 1 zu § 282.

[2]) Etwas anderes ist es natürlich, wenn weder Gläubiger noch Schuldner die eingetretene Unmöglichkeit anführen; in diesem Falle wäre selbstverständlich, entsprechend der Verhandlungsmaxime (vgl. auch Engelmann S. 242 ff. und Stein S. 1180, 1181), auf Erfüllung zu erkennen.

[3]) Vgl. Kisch I, S. 125 ff. und Oertmann I, S. 40 No. 1.

[4]) II, S. 54.

stehen, auf welche sich auch Kisch[1]) beruft. Hier heißt es:

„Der Gläubiger ist befugt, den Weg des § 243" (jetzigen § 283) „auch bei vorliegender Unmöglichkeit (§§ 237, 240, 242 [jetzigen §§ 275, 279, 280]) zu beschreiten, was für ihn von praktischer Wichtigkeit sein kann." D. h. nach der Ansicht der Motive kann der Gläubiger sogleich auf Erfüllung klagen — denn § 283 setzt ein Urteil auf Erfüllung voraus —, selbst dann, wenn die Leistung unmöglich ist.

Dieser Widerspruch löst sich aber, wenn man die Stelle der Motive „cum grano salis" auffaßt und sie auf den Fall beschränkt, wo der Schuldner die wenn auch tatsächlich vorliegende, einfache Unmöglichkeit bestreitet, ohne sie zu beweisen. Hier kann der Gläubiger selbstverständlich ein auf Erfüllung lautendes Urteil erwirken. Hierher gehört auch der oben[2]) angedeutete Fall. Beweist jedoch der Schuldner die Unmöglichkeit, so kann gemäß unseren bisherigen Ausführungen kein Urteil auf Erfüllung mehr ergehen. Mit dieser Beschränkung muß man also die Stelle der Motive aufnehmen[3]).

Fassen wir nunmehr unsere Erwägungen zusammen, so ergibt sich:

Bei feststehender objektiver Unmöglichkeit kann der Gläubiger nur noch auf Geldentschädigung, nicht mehr auf die Leistung selbst klagen. Klagt er trotz feststehender Unmöglichkeit auf die letztere, so ist die Klage abzuweisen. Wollte er die Klage nach Rechtshängigkeit in eine Schadensersatzklage umändern, so würde das als unzulässige Klageänderung aufzufassen sein[4]); der Gläubiger kann sich auch nicht auf § 264

[1]) I, S. 124 Anm. 5.
[2]) S. 17 Anm. 2.
[3]) Vgl. Schöller II, S. 536 Anm. 31.
[4]) Vgl. Sydow-Busch S. 371 Anm. 3 zu § 268 a. E.

C.P.O. stützen; denn die Verteidigung wird in der Regel dem Beklagten wesentlich erschwert werden, und zwar aus folgendem Grunde: gegenüber der Erfüllungsklage brauchte der Schuldner nur den Beweis der vor der Erhebung der Klage eingetretenen Unmöglichkeit zu erbringen; daraufhin wäre die Erfüllungsklage abzuweisen. Ließe man die Klageänderung dagegen zu, so müßte er, um der Schadensersatzklage mit Erfolg zu begegnen, noch nach § 282 B.G.B. beweisen, daß er die Unmöglichkeit nicht zu vertreten habe. Es bedarf keiner weiteren Erörterung, daß nach § 268 No. 3 C.P.O. der Übergang von der Erfüllungs- zur Schadensersatzklage ohne weiteres dann zulässig ist, wenn die Unmöglichkeit erst nach der Rechtshängigkeit eingetreten oder dem Kläger bekannt geworden ist[1]).

β) Subjektive Unmöglichkeit.

§ 7.

Schwieriger ist die Lösung der Frage nach der Art des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung bei der subjektiven Unmöglichkeit, weil hier die Leistung, wenn auch nicht durch den Schuldner, so doch möglicher Weise durch einen anderen vorgenommen werden kann, also Naturalrestitution an und für sich nicht ausgeschlossen ist. Letzteres behaupten denn auch Planck[2]), Neumann[3]) und Jacobi[4])[5]). Kisch[6]) geht sogar noch weiter und meint, daß der Gläubiger ein

[1]) Seuffert S. 395, Anm. 4 zu § 268.

[2]) S. 83 Anm. 3 zu § 280.

[3]) S. 247 Anm. 3 zu § 280.

[4]) S. 38.

[5]) Wenn Jacobi meint, die Worte „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" gäben nur den Grund des Anspruches an, so hat er nicht den Wortlaut des Gesetzes, wenigstens was § 280 anbelangt, beachtet, der von dem „durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden" spricht.

[6]) I, S. 123 ff.

Wahlrecht habe, er könne entweder auf Naturalleistung oder auf Geldentschädigung klagen.

Es muß jedoch daran festgehalten werden, daß auch bei feststehender subjektiver Unmöglichkeit der Gläubiger nur Geldentschädigung verlangen kann: denn es hätte keinen Sinn, ihm die Erfüllungsklage aufzuzwingen, wenn doch der Schuldner zur Erfüllung unvermögend ist, und der Gläubiger daher erst z. B. im Falle des § 887 C.P.O. die ursprünglich geschuldete Handlung durch einen Dritten vornehmen lassen müßte. Hier hätte er schließlich doch gegen den Schuldner nur einen Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen, d. h. auf eine Geldsumme. Zudem muß die Vorschrift des § 251 Abs. 2, wonach der Schuldner „den Gläubiger in Geld entschädigen kann, wenn die Herstellung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist", erst recht gelten, wenn die Erfüllung (wenn auch nur für den Schuldner) unmöglich ist. Außerdem bietet uns die Fassung des § 280 Abs. 2, welcher die Fälle teilweiser Unmöglichkeit und teilweisen Unvermögens regelt, eine Handhabe; hier spricht das Gesetz ausdrücklich von einer „Ablehnung des noch möglichen Teiles der Leistung", so daß also, wie oben bereits erwähnt, die Erfüllungsklage ausgeschlossen ist; gilt dies schon für das teilweise Unvermögen, so muß die Regel doch erst recht auf gänzliche subjektive Unmöglichkeit Anwendung finden[1]).

Daß man bei der subjektiven Unmöglichkeit nicht, wie es Planck (l. c.), Neumann (l. c.) und Jacobi (l. c.) wollen, Erfüllung im Sinne von Schadensersatz nach § 249 fordern kann, erhellt aus folgenden Gesichtspunkten: Mit Recht weist Kisch[2]) darauf hin, daß „die bekämpfte Ansicht zu der unnatürlichen Vorstellung

[1]) Vgl. Kisch I, S. 123.
[2]) I, S. 126.

einer Klage führen würde, welche die Erfüllung aus dem Grunde beansprucht, weil sie vom Schuldner nicht bewirkt werden kann.“ Auch könnte man bei dieser Klage, vorausgesetzt, daß sie nur auf Naturalrestitution und nicht außerdem auf Entschädigung geht, nie sehen, ob sie als auf Erfüllung oder auf Geldentschädigung gerichtet aufzufassen ist. Diese Unterscheidung muß aber gemacht werden, damit man erkennt, ob eine wesentliche Klageänderung vorliegt oder nicht; denn eine Änderung der Klage ist es nicht, „wenn beim Anspruch auf Schadensersatz statt Wiederherstellung des früheren Zustandes Vergütung in Geld gefordert wird; dagegen enthält der Übergang von der Leistungsklage zu einer Schadensersatzklage eine Klageänderung, sofern nicht die Voraussetzungen des § 268 No. 3 vorliegen“ [1][2]).

Hiernach kann die Erfüllung jedenfalls nicht als Schadensersatz gefordert werden.

Endlich ist auch die Auffassung von Kisch[3]) nicht richtig, wonach der Gläubiger Erfüllung nicht im Sinne von Naturalrestitution, wohl aber als den ursprünglichen Leistungsinhalt verlangen kann. Hiergegen richten sich in erster Linie die im vorigen Paragraphen über die Erfüllungsklage bei objektiver Unmöglichkeit gemachten Ausführungen; denn das Gesetz selbst stellt bei Species-Schulden die subjektive der objektiven Unmöglichkeit gleich. Eine solche Klage auf Erfüllung im Sinne von Kisch (also als eigentliche Erfüllungsklage) ist aber

[1]) Sydow-Busch S. 371 Anm. 3 zu § 268 a. E.

[2]) Einen weiteren Beweisgrund gegen Planck suchen Kisch (I, S. 124) und Schöller (II, S. 537) daraus herzuleiten, daß bei der Klage auf Erfüllung als Schadensersatz der Gläubiger das Unvermögen des Schuldners nachweisen müßte. Ob dieser Grund richtig ist, kann angesichts der Ausführungen von Jacobi (S. 41) dahingestellt bleiben.

[3]) I, S. 124.

auch praktisch nicht erforderlich, wie dies Schöller[1]) ausführt. Fürchtet der Gläubiger insbesondere, den zur Anstrengung der Entschädigungsklage erforderlichen Nachweis des Unvermögens des Schuldners nicht mit Sicherheit führen zu können, so bietet sich ihm ein einfacher Ausweg, indem er auf Erfüllung und zugleich eventuell auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung klagt.

II. Besonderer Teil.

Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung in den Fällen der §§ 325, 326 B.G.B.

1. Übersicht.

§ 8.

Nachdem wir durch die voranstehenden Erwägungen festzustellen versucht haben, was das B.G.B. unter „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" in den allgemeinen Bestimmungen versteht, drängt sich uns die Frage auf, ob dem nämlichen Begriffe bei gegenseitigen Verträgen die gleiche Bedeutung, d. h. die Bedeutung eines in Geld ausgedrückten Erfüllungssurrogates, zukommt.

Die vom Schadensersatz wegen Nichterfüllung handelnden §§ 325, 326 gewähren folgende Rechte: Im Falle einer vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit kann der Gläubiger — abgesehen von den in § 323 bezeichneten Rechten — entweder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder von dem Vertrage zurücktreten [§ 325]. Dieselben Rechte gewährt § 326 dem Gläubiger, wenn sich der Schuldner im Verzuge

[1]) II, S. 537.

befindet, und die nachträgliche Leistung für den vertragstreuen Teil kein Interesse hat, oder wenn die von letzterem bestimmte Nachfrist fruchtlos verstrichen ist.

Während das B.G.B. das durch die §§ 325, 326 gewährleistete Rücktrittsrecht in erschöpfender Weise geregelt hat (vgl. § 327), gibt es über die Frage, was es unter „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" bei den gegenseitigen Verträgen verstanden wissen will, nicht ausdrücklich einen Aufschluß.

Wegen dieser Frage ist ein Kampf widerstreitender Theorieen entbrannt, über welche zunächst eine kurze Übersicht gegeben werden mag[1]).

Es sind zwei Hauptgruppen von Theorieen zu unterscheiden. Die Vertreter der einen lassen die Gegenleistungspflicht des Gläubigers, der Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, bestehen, während ihn die Vertreter der anderen von dieser entbinden.

1. Nach der ersten Theorie tritt der Schadensersatzanspruch einfach an die Stelle der Leistung, die ursprünglich von dem schuldigen, bezw. säumigen Teile geschuldet war, nun aber infolge der veränderten Umstände nicht mehr geschuldet wird. Der Schadensersatz bildet nach dieser Ansicht also lediglich ein Surrogat für die Leistung des Schuldners, im übrigen bleibt der Vertrag seinem ganzen Inhalte und Umfange nach unverändert bestehen; d. h. der Gläubiger muß seine Leistung bewirken.

Diese Theorie läßt wieder zwei Auffassungen, eine strengere und eine gemäßigtere, zu, insofern der Gläubiger entweder unbedingt oder nur bedingt zur Entrichtung seiner Leistung verpflichtet sein kann.

a) „Die Leistungspflicht des Gläubigers wird", wie Jacobi[2]) sagt, „so wenig von der schuld-

[1]) Vgl. hierzu die Ausführung von Schöller I, S. 609 ff.
[2]) S. 46.

haften Unmöglichkeit der Leistungsbewirkung durch den schuldigen Teil alteriert, daß sogar der schuldige Teil unter dem Anerbieten des Schadensersatzes auf Bewirkung der dem nichtschuldigen Teil obliegenden Leistung klagen kann, und daß der Richter eventuell auch gegen den Willen des nichtschuldigen Teils verbunden wäre, den letzteren zur Bewirkung der ihm obliegenden Leistung gegen Bewirkung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung als Surrogates des dem schuldigen Teil ursprünglich obliegenden Entgeltes zu verurteilen". Hier kann also der Schuldner den nichtschuldigen Teil zur Erfüllung zwingen. Entsprechend soll nach dieser Theorie auch beim Verzuge grundsätzlich dem Nichtsäumigen die unbedingte Pflicht zur Bewirkung der Leistung obliegen, während die Verbindlichkeit des säumigen Kontrahenten zur Leistung des ursprünglichen Schuldobjektes nach fruchtlosem Ablauf der Nachfrist erloschen ist.

Diese den Gegensatz zwischen dem Schadensersatzanspruche und dem Rücktrittsrechte scharf zum Ausdruck bringende Theorie ist so abnorm, daß sie nicht als dem B.G.B. zu Grunde liegend betrachtet werden kann[1]); sie wird denn auch, soweit bekannt, nirgends in der Litteratur vertreten. Wir können sie daher hier sogleich kurz erledigen.

Bei unverschuldeter Unmöglichkeit des einen Kontrahenten erlischt dessen bisheriger Anspruch auf die Leistung des anderen gemäß § 323 Abs. 1:

„Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat, so verliert er den Anspruch auf die Gegenleistung . . . . ."

[1]) Vgl. auch Jacobi S. 46.

Billiger Weise kann dieser Anspruch beim Vorhandensein verschuldeter Unmöglichkeit erst recht nicht bestehen bleiben, da sonst dem Schuldner bei von ihm zu vertretender Unmöglichkeit mehr Rechte gewährt würden als bei nur zufälliger Unmöglichkeit. Diesen Gedanken bringen schon die Motive[1]) zum Ausdrucke mit den Worten:

„Die für den Gläubiger im Falle zufälliger Unmöglichkeit der ihm gebührenden Leistung eintretende Befreiung von der Gegenleistung hat als notwendige Konsequenz das Recht des Gläubigers, die Gegenleistung auch im Falle der vom Schuldner der Leistung zu vertretenden Unmöglichkeit zu verweigern. Der Schuldner würde sonst mehr Rechte haben, wenn die Unmöglichkeit von ihm zu vertreten ist, als im Falle der zufälligen Unmöglichkeit[2]).

Nun ist allerdings der § 323 nur in 325, nicht auch in § 326 citiert; aber das ist auch unerheblich; denn auch die Verweisung auf § 323 in § 325 hat hauptsächlich nur den Zweck, dem Gläubiger die Rechte aus § 323 Abs. 2 (Anspruch auf das an Stelle der unmöglich gewordenen Leistung getretene commodum) zu gewähren. Dies heben ganz besonders auch die Protokolle[3]) hervor, indem sie sagen:

„Der Antrag 1 wolle, wenn die Leistung aus einem gegenseitigen Vertrag infolge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes ganz oder zum Teil unmöglich geworden sei, dem Gläubiger neben der Befugnis, vom Vertrage zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, auch die Geltendmachung der im § 368 Abs. 2“ (jetzigen § 323 Abs. 2) „bezeichneten Rechte zu gestatten.“

---

[1]) II, S. 209.

[2]) Vgl. hierzu die wenigstens im Ergebnis mit unserer Deduktion übereinstimmende Ausführung bei Schöller I, S. 613.

[3]) I, S. 639.

Der Bezugnahme auf den ganzen § 323 hätte es in § 325 nicht bedurft. Zudem bestimmt § 326 ausdrücklich, daß der Schuldner durch den Verzug und den fruchtlosen Ablauf der Nachfrist dauernd von der Bewirkung der Leistung befreit sein soll; angesichts dieses schuldhaften Betragens des Schuldners können diesem doch nicht mehr Rechte gegeben werden, als wenn er ohne sein Verschulden von der Leistungspflicht befreit worden wäre.

Die erwähnte Theorie ist also abzulehnen.

b) Die oben angeführte Haupttheorie kann aber auch noch eine andere Modifikation erfahren; es ist nämlich auch folgende Auffassung denkbar: Der Schadensersatz hat zwar ebenfalls die Bedeutung eines Surrogates der schuldnerischen Leistung, und der Gläubiger muß seine Leistung bewirken, aber nicht mehr unbedingt, sondern nur bedingt, nämlich nur dann, wenn er Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt. Nur der nichtschuldige Teil, nicht auch der schuldige, hat ein Recht auf Erfüllung. Es ergibt sich aus dieser Konstruktion ein negotium claudicans, insofern als der eine Teil nur berechtigt, der andere nur verpflichtet ist.

Diese Theorie, zu der sich die Mehrzahl der Schriftsteller bekannt hat, hat ihren Hauptvertreter in Planck[1]): Macht der Gläubiger von dem Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung Gebrauch, „so bleibt er zu der ihm obliegenden Gegenleistung verpflichtet. Der Schadensersatz tritt an die Stelle der Leistung und ist Zug um Zug gegen diese zu entrichten."

Planck schließen sich folgende Schriftsteller an: Schollmeyer § 325, 2 S. 203, 204 und § 326, 3 S. 211; Oertmann I, § 325, 1a S. 72 und II, S. 52 ff;

[1]) S. 150, 151 zu § 325, 1a.

Dernburg Bd. II, 1 S. 232 („Der Schadensersatz steht an Stelle der Erfüllung. Es liegt dem Beschädigten daher die Gegenleistung ob, welche Zug um Zug zu geschehen hat.") Im Falle des Verzuges vertritt Dernburg aber unerklärlicher Weise den gegenteiligen Standpunkt (vgl. II, 1 S. 240). Windscheid-Kipp S. 309; Endemann S. 538; Staudinger S. 150, 151 Vorbem. zu §§ 323 — 327; Enneccerus-Lehmann § 197, 3b; Rehbein S. 202; Leske S. 149; Fischer-Henle § 325, Anm. 3; Petri S. 69; Adler im Archiv S. 140 ff und bei Holdheim S. 106 ff; Kaufmann S. 152; Götte S. 399; Titze S. 183; Keineidam S. 145, 149; Kisch I, S. 132, auch Anm. 24 daselbst, S. 145; Kisch II, S. 68—142; Riezler S. 121; Emerich S. 42, 86; Düringer-Hachenburg S. 114a; Matthiaß S. 393; Zimmer, Dissertation; Paech S. 165. — Für das gemeine Recht: Römer S. 132 ff.

Die beiden bisher erwähnten Theorieen haben als gemeinsames Merkmal die Abhängigkeit des Rechtes auf Schadensersatz von der Bewirkung der eigenen Leistung.

2. Im Gegensatze zu dieser Auffassung steht die Meinung, welche die bestrittene Frage im Sinne einer Befreiung des Gläubigers von der eigenen Leistung beantwortet wissen will. Nach dieser Theorie tritt nämlich der Schadensersatz nicht nur an die Stelle der schuldnerischen Leistung, sondern er ist Erfüllungssurrogat des ganzen gegenseitigen Vertrages. Leistung und Gegenleistung lösen sich in einen Schadensersatzanspruch des nichtschuldigen Kontrahenten gegen den schuldigen auf. „Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung besteht hiernach nicht in dem Interesse, das der nichtschuldige Teil an der Leistung des schuldigen hat, sondern in dem Interesse, das er an der Erfüllung des ganzen, nunmehr seinem ganzen Inhalte nach unerfüllt bleibenden Vertrags hat . . . . Der Schadens-

ersatzanspruch geht, mit anderen Worten, auf Zahlung der Differenz zwischen dem Werte beider Leistungen, zuzüglich des etwa weitergehenden positiven Vertragsinteresses“ [1]). Was der Gläubiger durch Unterlassung der Gegenleistung erspart, muß natürlich von dem ihm zu erstattenden Schaden abgerechnet werden.

Diese Theorie wird von folgenden Schriftstellern vertreten:

Cosack, Bürg. R. § 99, 2a, γ S. 350 und S. 351, § 123, III 7b S. 426 und H.R. S. 206, 207 [2]); Staub, Exkurs zu § 374, Anm. 20—30; namentlich Schöller I, S. 603 ff., II, S. 511 ff.; Goldmann-Lilienthal S. 377, insbesondere Anm. 13; Schreier S. 37, 38; Oswalt S. 213, 214: Foertsch S. 64 ff. und Staffel S. 467—475.

Außerdem vgl. die Denkschrift zum H.G.B. S. 236; im wesentlichen Anschluß an sie Gierke S. 520 ff. — Endlich für das gemeine Recht: Pauli S. 123, 128.

Die Vertreter dieser Theorie teilen sich wieder in zwei Lager; es besteht nämlich eine Divergenz der Meinungen, die auf der Unterscheidung zwischen der noch nicht vollzogenen und der bereits erfolgten Leistung des Gläubigers beruht.

a) Die eine Partei, deren Hauptvertreter Schöller und Cosack sind, steht auf dem Standpunkte, daß, wenn der Gläubiger bereits erfüllt hat, er seine Leistung zurückfordern kann.

b) Die andere Partei dagegen gibt dem Gläubiger ein solches Rückforderungsrecht nicht. Sie wird von Staub vertreten.

Wenn die Gegenleistung des Gläubigers in Geld besteht (z. B. beim Kauf, bei der Miete), so daß also gegen den in Geld zu leistenden Anspruch aufgerechnet

[1]) Schöller I, S. 611.

[2]) 5. Auflage. In dem entsprechenden Abschnitt der neuesten (6.) Auflage erwähnt Cosack die Frage nicht.

werden kann, so hat der Unterschied zwischen der den Schadensersatz als Leistungssurrogat behandelnden und derjenigen Theorie, nach welcher derselbe den ganzen gegenseitigen Vertrag erfaßt, im allgemeinen nur ein theoretisches Interesse; das Schlußresultat ist nach beiden Theorieen dasselbe: Der Gläubiger kann den Unterschied zwischen der eigenen Leistung und der Entschädigungssumme fordern. Immerhin decken sich schon hier, wie Kisch[1]) treffend hervorhebt, beide Standpunkte nicht. Nach der Ansicht von Planck ist eine besondere Aufrechnung erforderlich, während eine solche nach der gegnerischen Theorie unmöglich ist, da hier von vornherein nur die Differenz als Schadensersatz geschuldet wird. Ferner ist eine Kompensation überhaupt dann ausgeschlossen, wenn der Schuldner vor dem Eintritt des Verzuges oder vor Ablauf der Nachfrist (also vor Entstehung seiner Schadensersatzpflicht) den Kaufpreis an einen Dritten abgetreten und dies dem Käufer angezeigt, oder eine Pfändung des Kaufpreisanspruches stattgefunden hat[2]); während hier nach Planck der Gläubiger dem Dritten den vollen Kaufpreis gegen Entschädigung seitens des Schuldners zu zahlen hat, verliert nach der anderen Theorie der Dritte den Anspruch auf die Gegenleistung, und der Gläubiger kann seinerseits nur die Differenz verlangen. — Besonders tritt aber der praktische Unterschied der beiden Haupttheorieen hervor, wenn die Gegenleistung des nichtschuldigen bezw. des nichtsäumigen Teiles nicht in Geld, sondern in irgend einem anderen Objekt (wie z. B. beim Tausch) besteht. Nach der herrschenden Meinung hat der Gläubiger dieses Objekt in natura zu leisten, während die Gegner ihn von dieser Pflicht grundsätzlich befreien.

---

[1]) II, S. 71.

[2]) Vgl. §§ 392, 406 B.G.B.

Andere wichtige Momente, die geeignet sind, den zwischen beiden Theorieen obwaltenden Gegensatz zu veranschaulichen, sind die folgenden:

Der Anspruch auf Schadensersatz auf seiten des Gläubigers fällt nach der zuerst erörterten Theorie dauernd weg, wenn seine Leistung durch Zufall unmöglich gemacht wird (§ 323), während dies aus der entgegengesetzten Ansicht nicht folgt.

Wenn ferner die Gegenleistung in Geld besteht und sie den Wert der unmöglich gewordenen Leistung übersteigt, so muß nach der herrschenden Ansicht der Gläubiger dem schuldigen Teile den überschüssigen Betrag herausgeben, er selbst aber erhält nichts. Die andere Theorie verpflichtet ihn hingegen zur Entrichtung dieses plus nicht, weil er ohne die Entrichtung der eigenen Leistung Schadensersatz verlangen kann: allerdings würde hier der Betrag des Ersatzes gleich Null sein.

Weiter sind, wenn zur Sicherung der beiderseitigen Verpflichtungen Bürgen oder Pfänder bestellt sind, diese in Konsequenz der herrschenden Ansicht trotz eingetretener Unmöglichkeit oder des Verzuges weiter unverändert für die gegenseitigen Forderungen verhaftet; nach der gegnerischen Meinung aber werden sie — wenigstens hinsichtlich der Gegenleistung des Gläubigers — frei; allerdings ermäßigt sich dann die Haftung der schuldnerischen Bürgen und Pfänder auf den Betrag der Wertdifferenz[1]).

Diese und ähnliche, von Kisch[2]) mit Geschick zusammengetragenen Beispiele beweisen, daß die beiden Theorieen zu völlig verschiedenen praktischen Ergebnissen führen. Die Entscheidung der Frage, welche der aufgestellten Theorieen als dem Gesetz zu Grunde

---

[1]) Vgl. §§ 767 Abs. 1, 1210 Abs. 1 S. 1 B.G.B. — Vgl. hierzu auch die Motive II, S. 50; ferner Jacobi S. 44 und Schöller I, S. 608.

[2]) II, S. 70 ff.

liegend zu erachten sei, ist von außerordentlicher Bedeutung, zumal da die gegenseitigen Verträge sowohl im Handels- wie im bürgerlichen Verkehre unter allen Rechtsgeschäften die wichtigste Rolle spielen.

In welchem Sinne ist nun diese Frage zu entscheiden?

2. Geschichtliche Entwickelung.

a) Überblick über die bisherigen Rechte.

α) Römisch-gemeines Recht.

§ 9.

Zunächst wollen wir untersuchen, ob uns nicht die Geschichte irgend welche Anhaltspunkte für die Lösung der aufgeworfenen Frage bietet.

Was das römische und gemeine Recht anbelangt, so hatte dieses keine für alle gegenseitigen Verträge durchgreifenden Regeln über den Einfluß einer nach dem Vertragsschlusse für den einen Teil eintretenden Unmöglichkeit der Leistung auf die Gegenleistung. Der Grundsatz des römisch-gemeinen Rechts: „periculum est emptoris", d. h. daß der Käufer zur Entrichtung des Kaufpreises verpflichtet bleibt, wenn der Kaufgegenstand nach Abschluß des Vertrages durch Zufall zu Grunde gegangen ist, enthält eine nach Dernburg[1]) aus der Selbständigkeit gegenseitiger Obligationen entstandene Ausnahme, die für unsere Frage nicht in Betracht kommt. Was den Verzug betrifft, so herrschte im gemeinen Rechte der Grundsatz, daß der Schuldner zur Leistung des Interesses verpflichtet sei[2]). Diesen Grundsatz finden wir auch für das römische Recht in einzelnen Digestenstellen vertreten; so l. 36 § 2 D. de usufructu VII, 1; l. 114 D. de verb. obl. XLV, 1; l. 21

[1]) S. 227.

[2]) Vgl. Windscheid-Kipp § 280.

§ 3, l. 31 § 1 D. de a. empt. vend. XIX, 1 u. a. Der Gläubiger konnte nach gemeinem Rechte in der Regel nur auf dieses Interesse, d. h. auf Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung, klagen[1]). Daneben ist dem Gläubiger — das ist in Theorie und Praxis des gemeinen Rechts anerkannt — ein Rücktrittsrecht gewährt, aber nur für den Fall, daß die verspätete Leistung für ihn kein Interesse mehr hat. Keiner der gemeinrechtlichen Schriftsteller berührt aber die Frage, wie sich das Rechtsverhältnis zwischen den beiden Parteien bei gegenseitigen Verträgen gestaltet. Eine Ausnahme macht nur — und hierin ist Zimmer[2]) zu berichtigen — Pauli[3]), welcher im Falle des Verzuges dem Vertragstreuen beim Kaufvertrage eine Klage entweder auf Erfüllung und Schadensersatz oder auf Schadensersatz unter Verweigerung des Austausches von Ware und Preis gewährt; der letztere Anspruch, den Pauli nicht ausdrücklich als Schadensersatz wegen Nichterfüllung bezeichnet, deckt sich offenbar mit diesem Begriffe. Ein Rücktrittsrecht gestattet Pauli dagegen nicht; er setzt sich sonach mit den gemeinrechtlichen Schriftstellern in Widerspruch, ein Umstand, der jedoch für unsere Erörterungen belanglos ist.

β) A.L.R.

§ 10.

Ebenso wie uns das römisch-gemeine Recht über unsere Frage keinen Aufschluß gewährt, so läßt uns auch das A.L.R. im Stiche. Im allgemeinen verfolgt das A.L.R. den Grundsatz, daß der Gläubiger, wenn ihm die vertragsmäßige Erfüllung verweigert oder nicht gehörig geleistet wird, die Erfüllungsklage anstellen

[1]) l. 8 C. de a. empti IV, 49.
[2]) S. 19.
[3]) S. 123, 128.

kann. Beim Verzuge des einen Kontrahenten gibt es im allgemeinen dem anderen nicht ein Rücktrittsrecht, sondern nur einen Anspruch auf Erfüllung nebst Entschädigung. Aber die preußische Praxis hat stets neben den Anspruch auf Erfüllung den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung treten lassen, wenn die verspätete Erfüllung für den Gläubiger wertlos geworden ist. Zwar gibt uns das A.L.R. genaue Bestimmungen über die verschiedenen Rechte, welche dem Gläubiger zustehen. Aber über die Frage nach dem Schicksale der beiderseitigen Leistungen läßt uns sowohl das A.L.R. als auch die über dasselbe bestehende Litteratur im Ungewissen.

γ) Altes H.G.B.

§ 11.

Einen festeren Boden dagegen gewinnen wir, wenn wir das alte H.G.B. zur Lösung unserer Frage heranziehen.

Die Bestimmungen des § 326 B.G.B. sind den Art. 354, 355 des alten H.G.B. nachgebildet. Dieser Umstand läßt es daher als gerechtfertigt erscheinen, auf diese Bestimmungen des H.G.B. und die auf Grund derselben getroffenen Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts im folgenden kurz einzugehen.

Die Art. 354, 355 beschäftigen sich mit den Folgen des Zahlungsverzuges des Käufers und des Lieferungsverzuges des Verkäufers. In beiden Fällen gewährt das H.G.B. dem nichtsäumigen Kontrahenten gegenüber dem säumigen beim Handelskauf ein dreifaches Wahlrecht, nämlich:

1. das Recht, Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung zu verlangen;
2. das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung;
3. Das Recht des Rücktrittes vom Vertrage.

Die beiden letzteren Rechte können aber in der Regel nur nach fruchtlosem Ablaufe einer durch den Nichtsäumigen dem Vertragsgegner gesetzten Nachfrist geltend gemacht werden. Bezüglich der Verwirklichung des Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung weichen jedoch die beiden Artikel von einander ab: in dieser Beziehung wird zwischen dem Zahlungsverzuge des Käufers und dem Lieferungsverzuge des Verkäufers unterschieden.

1. Wählt der Verkäufer beim Zahlungsverzuge des Käufers das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so ist er bei Ausübung des letzteren ganz bestimmten Vorschriften unterworfen: er muß nämlich die Ware unter Anwendung der im Art. 343 gegebenen Formvorschriften für Rechnung des säumigen Käufers verkaufen (Art. 354), er muß einen sogenannten „Selbsthilfeverkauf" für Rechnung des Käufers vornehmen[1]). Wenn der durch den letzteren erzielte Reinerlös den Schaden des Verkäufers noch nicht decken sollte, so hat er das Recht der Klage auf den Restbetrag als den Schadensersatz wegen Nichterfüllung, während er einen etwaigen Überschuß an den Käufer abliefern muß[2]). Der Verkäufer ist mithin nicht berechtigt, die Ware zu behalten und ihren Wert anzurechnen, vielmehr muß er sich unter allen Umständen derselben entledigen. Dies wird allgemein anerkannt[3]). Nur durch die „konkrete Schadensfeststellung" in Gestalt des Selbsthilfeverkaufes, nicht auf Grund „abstrakter Schadensberechnung" kann der Verkäufer, wie das Reichsgericht und Reichsoberhandelsgericht entschieden haben, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Ebenso haben die beiden Gerichte es wiederholt ausgesprochen,

[1]) Förtsch S. 65.

[2]) Vgl. Entsch. des R.O.H.G. Bd. XX, S. 223 und Oertmann II, S. 54.

[3]) Vgl. Jacobi S. 68.

daß die Vornahme des Selbsthilfeverkaufes seitens des Verkäufers die Bedeutung der Erfüllung des Vertrages auf seiner Seite hat[1]). Das alte H.G.B. steht also, um es noch einmal kurz zu sagen, beim Vorliegen des Zahlungsverzuges des Käufers auf dem Standpunkte, daß sich, wenn der Verkäufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, dieser nicht in eine einseitige Interesseforderung des Verkäufers umwandelt, daß vielmehr die Leistungspflicht des Verkäufers bestehen bleibt, wenn auch in verändertem Zustande, insofern er nicht mehr an den Käufer den Gegenstand zu liefern braucht.

2. Anders hat das alte H.G.B. im Art. 355 das Recht des Käufers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung beim Lieferungsverzuge des Verkäufers gestaltet: hier braucht der nichtsäumige Käufer, wenn er dieses Recht geltend macht, nicht einen sogenannten „Deckungskauf" vorzunehmen; er kann vielmehr seinen Schaden abstrakt berechnen, er ist nicht, wie im vorigen Falle der Verkäufer, zur konkreten Schadensfeststellung (durch jenen Deckungskauf) verpflichtet. Die rechtliche Lage nach Eintritt des Verzuges bezw. nach Ablauf der Nachfrist ist hier dergestalt, daß sich der ganze zweiseitige Vertrag in eine einseitige Interesseforderung des Käufers auflöst; dies hat das Reichsoberhandelsgericht in einer Reihe von Entscheidungen anerkannt[2]).

Diese dem Art. 355 zu Grunde gelegte Auffassung wird von Zimmer, Kisch und Oertmann bestritten.

[1]) Vgl. Entsch. des R.O.H.G. Bd. VII, S. 407, 408; Bd. IX, S. 118 („Bei Ausübung der Verkaufsselbsthilfe nach Art. 354 [343] handelt es sich aber darum, daß der säumige Käufer sich statt der kontraktlichen Lieferung eine andere Art der Erfüllung durch den Verkäufer gefallen lassen muß"). Ebenso die Entsch. in Bd. XVI, S. 315 u. a.

[2]) Vgl. Entsch. des R.O.H.G. Bd. VII, S. 376, VIII, S. 20, IX, S. 316, 348, X, S. 150, XI, S. 169, 183, XIV, S. 142, XVII, S. 257, XXI, S. 248, XXIV, S. 106, 155 u. a.

Zimmer[1]) beruft sich auf die Entscheidung des R.O.H.G. Bd. XXIV, S. 106, nach der in der Geltendmachung des Schadensersatzanspruches seitens des Käufers juristisch ein Festhalten am Vertrage liege, der Käufer also zur Entrichtung seiner Leistung verpflichtet bleibe. Gegen eine derartige Auffassung sprechen aber einmal die zahlreichen, oben angeführten, von Zimmer überhaupt nicht berücksichtigten Entscheidungen, die sämtlich dem Schadensersatze wegen Nichterfüllung die Bedeutung einer „Substitution des Interesses an Stelle des ursprünglichen Vertragsinhalts"[2]) beilegen, und zum anderen ist auch die von Zimmer herangezogene Entscheidung selbst geeignet, seine Ansicht zu widerlegen; sagt sie doch selbst, daß die Wahl des Rechtes auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung „ein faktisches Abgehen vom Vertrage" bedeute, „wobei sich die Vertragsverbindlichkeiten in einen Anspruch auf Schadensersatz, welcher nur dem Käufer zustehe, auflösen"!

Kisch[3]) erklärt diese in den Entscheidungen zum Ausdruck gebrachte Auffassung daraus, daß es sich in ihnen um gegenüberstehende Geldforderungen handele, bei denen das Aufrechnungsverfahren sich äußerlich nicht weiter bemerkbar mache. Hiergegen läßt sich die Entscheidung des R.O.H.G. im Bd. XX, S. 223, 224 anführen, welche ausdrücklich hervorhebt: „Dem Käufer liegt aber keine Pflicht ob, die nicht gelieferte Ware des Verkäufers anzukaufen." — „Die Vertragsleistung des das Interesse fordernden Kontrahenten kommt daher nicht mehr als diesem noch obliegende oder auch nur als Kompensationsobjekt" (also auch nicht im Wege einer compensatio

---

[1]) S. 22.
[2]) Entsch. des R.O.H.G. Bd. XX, S. 224.
[3]) II, S. 129, 130.

lucri cum damno[1]), „sondern nur als ein Faktor bei der Interesseberechnung in Betracht."

Gegen diese Entscheidungen des R.O.H.G. wendet Oertmann[2]) ein, daß die in ihnen enthaltene Lehre darum, daß sie die herrschende ist, noch nicht bewiesen sei. Immerhin spricht doch aber der Umstand, daß an der obigen Auffassung vom Art. 355 im allgemeinen kaum Zweifel erhoben werden, und auch die Praxis durchweg diese Ansicht geteilt hat, genug für die letztere[3]).

Somit darf es als feststehend betrachtet werden, daß der Schadensersatz wegen Nichterfüllung im Art. 355 den ganzen zweiseitigen Vertrag erfaßt.

Wie oben bemerkt, bauen sich die Bestimmungen des B.G.B. über die Wirkungen des Schuldnerverzuges auf jenen Artikeln auf. Der Art. 354 ist in das B.G.B. nicht übernommen; es entsteht nun also die Frage, ob das Prinzip des Art. 354, welches für die Ansicht von Planck spricht, oder dasjenige des Art. 355, dem die Ansicht von Schöller und Cosack entspricht, den Bestimmungen des B.G.B. zu Grunde zu legen sei. Soll man aus dem Umstande, daß sich die Bestimmung über den Selbsthilfeverkauf für Rechnung des Käufers im B.G.B. nicht mehr vorfindet, den Schluß ziehen, daß das Gesetz diese Vorschrift hat aus dem Wege schaffen oder als selbstverständlich weiter bestehen lassen wollen?

Schöller[4]), der mit Recht die erste Schlußfolgerung zieht, gründet seine Ansicht auf den Wortlaut der Denkschrift zum neuen H.G.B., welche ausdrücklich

---

[1]) Vgl. Oertmann II, S. 56.

[2]) II, S. 55.

[3]) Zur Berichtigung sei bemerkt, daß die bei Oertmann II, S. 54 Z. 6 v. o. befindlichen, unter Umständen irreführenden Worte: „für Rechnung des Verkäufers" in: „für Rechnung des Käufers" zu verbessern sind.

[4]) I, S. 628.

bestätigt, daß es nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sei, im Gegensatz zum alten H.G.B. den Schadensersatz wegen Nichterfüllung als Erfüllungssurrogat der Leistung aufzufassen. Die Denkschrift[1]) weist nämlich darauf hin, daß die Vorschriften der Art. 354—356 künftig durch den § 326 B.G.B. ersetzt werden, welcher das im H.G.B. anerkannte dreifache Wahlrecht des nichtsäumigen Teiles mit einzelnen Abweichungen auf den bürgerlichen Verkehr ausdehne. Das B.G.B. kenne die dem Verkäufer durch die Vornahme des Selbsthilfeverkaufs auferlegte Beschränkung nicht, und der Entwurf behalte sie auch für den Handelsverkehr nicht bei, da kein Grund vorliege, den Verkäufer anders zu behandeln als den Käufer und ihn zum Selbsthilfeverkaufe zu nötigen, wenn er glaubt, seinen Schaden in anderer Weise, namentlich durch bloße Berechnung des Preisunterschiedes, gehörig nachweisen zu können. Die Befugnis des Verkäufers, seinen Schaden auf Grund eines anderweit vorgenommenen Verkaufs zu berechnen, bleibe selbstverständlich bestehen; der Verkauf erfolge aber in einem solchen Falle ebenso wie der Deckungskauf des Käufers nicht mehr für Rechnung der säumigen Partei, vielmehr behalte der nichtsäumige Verkäufer den etwa über den bedungenen Preis hinaus erzielten Erlös. Die entgegengesetzte Vorschrift des bisherigen Art. 354 entbehre der inneren Berechtigung[2]).

Adler[3]) erklärt zwar die in der Denkschrift dargelegte Ansicht aus einem längst überwundenen Irrtum heraus, der in einer falschen Parallelisierung des Selbsthilfeverkaufes des Verkäufers mit dem Deckungskaufe des Käufers wegen Verzugs des Gegenkontrahenten bestehe; mag auch dieser Irrtum die Quelle der Ansicht in der Denkschrift sein, so vermag das doch nichts an

[1]) S. 235, 236.

[2]) Vgl. Gierke S. 520 ff.

[3]) Bei Holdheim S. 106.

der Tatsache zu ändern, daß die Gleichstellung jener beiden Fälle nun einmal gesetzlich festgelegt ist.

Jacobi[1]) will der Äußerung der Denkschrift keinen entscheidenden Einfluß auf die Lösung unserer Frage beimessen; denn die betreffende Stelle spräche nur vom Annahme-, nicht auch vom Zahlungsverzuge des Käufers; allein, dies trifft durchaus nicht zu; die Denkschrift gedenkt wohl — und zwar in erster Reihe — des Zahlungsverzuges, indem sie ausdrücklich dem nichtsäumigen Verkäufer das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung durch Verkauf der Ware unter Beobachtung der gleichen Formen (Art. 343) einräumt, als wenn ein Annahmeverzug vorläge. Der Annahmeverzug wird in der Denkschrift nur beiläufig erwähnt.

Daß der Selbsthilfeverkauf künftig formlos zulässig ist, gesteht Kisch[2]) aber für die Fälle zu, in denen es sich um Lieferungsgeschäfte über gattungsmäßig bestimmte Objekte handelt, wo sich also der Schuldner jederzeit den Gegenstand anderswoher beschaffen kann. Weshalb aber diese Einschränkung gemacht werden soll, ist nicht recht einzusehen; auch die Denkschrift macht keinen Unterschied zwischen Gattungs- und Speciessachen.

Der Standpunkt der Denkschrift geht also dahin — das mag hier noch einmal betont werden —, daß sowohl der Verkäufer wie der Käufer den Schadensersatz wegen Nichterfüllung in jeder beliebigen Weise geltend machen können. Es kann also z. B. der Verkäufer für eigene Rechnung verkaufen; infolgedessen kann er nicht mehr liefern; es kann also auf seiner Seite von Erfüllung keine Rede sein.

Zuzugeben ist allerdings, daß der Denkschrift nicht eine ausschließlich maßgebende Bedeutung für die Ent-

[1]) S. 70.

[2]) II, S. 133 Anm. 62.

scheidung unserer Frage beizulegen ist; immerhin ist sie doch ein Faktor, der bei der Beurteilung der letzteren wohl eine Berücksichtigung verdient[1]).

Kisch[2]) meint nun allerdings noch, es sei nicht einzusehen, warum das beim Lieferungsverzuge des Verkäufers geltende, also der Schöller'schen Theorie sich nähernde Prinzip dem anderen für das B.G.B. vorgezogen werden soll. Die Antwort hierauf ist nicht schwer. Der Art. 354 enthält, insofern als der Verkäufer die Ware für Rechnung des Käufers verkaufen soll, eine so abnorme Bestimmung, daß man wohl annehmen kann, der Gesetzgeber hätte sie, wenn er sie auch ferner beobachtet wissen wollte, sicherlich besonders zum Ausdrucke gebracht, gerade so, wie es das alte H.G.B. getan hat. Die Absonderlichkeit der Vorschrift des Art. 354 wird besonders augenscheinlich, wenn man mit Zimmer[3]) die Sachlage so ansehen wollte, als sei die Ware in dem Augenblicke der Geltendmachung des Schadensersatzanspruches in das Eigentum des Käufers übergegangen; diese Annahme dürfte allerdings etwas gekünstelt und übertrieben sein.

Zwar decken sich die §§ 325, 326 B.G.B. mit den fraglichen Artikeln nicht vollständig; denn einmal berücksichtigen die letzteren nur den Fall des Verzuges, nicht auch der Unmöglichkeit, und zum anderen erstrecken sich die Bestimmungen im B.G.B. auf alle gegenseitigen Verträge, nicht bloß auf den Kauf. Auch hat die Denkschrift keine Gesetzeskraft, so daß man auch aus ihr keine sicheren Schlüsse für diese oder

[1]) Vgl. auch die Entsch. des O.L.G. zu Posen vom 3. XII. 1900 (Mugdan u. Falkmann II, S. 33); des O.L.G. zu Hamburg vom 1. II. 1901 (Mugdan u. Falkmann IV, 1 No. 6c); des O.L.G. zu Posen vom 13. 6. 1901 (Jur. Monatsschr. S. 165); des O.L.G. zu Darmstadt vom 13. XII. 1901 (Mugdan u. Falkmann IV, 12).

[2]) II. S. 130.

[3]) S. 25.

jene Theorie ziehen kann; will man aber auf den Artikeln und der Denkschrift Folgerungen aufbauen, so bieten sich für die Theorie von Schöller wahrlich mehr Anhaltspunkte als für die Ansicht der Gegner.

Überdies wird unsere Ansicht durch einen gesetzlich festgelegten Spezialfall bestätigt, nämlich durch § 376 des neuen H.G.B., welcher von den Fixgeschäften handelt. Nach Abs. 2 kann als Schadensersatz wegen Nichterfüllung, wenn die Ware einen Börsen- oder Marktpreis hat, „der Unterschied des Kaufpreises und des Börsen- oder Marktpreises zur Zeit und am Orte der geschuldeten Leistung gefordert werden". Und nach Abs. 3 kann „das Ergebnis des anderweit vorgenommenen Verkaufes oder Kaufes, falls die Ware einen Börsen- oder Marktpreis hat, dem Ersatzanspruche nur zu Grunde gelegt werden, wenn der Verkauf oder Kauf sofort nach dem Ablaufe der bedungenen Leistungszeit oder Leistungsfrist bewirkt ist". Hier wird also stillschweigend vorausgesetzt, daß der Verkäufer bei Zahlungsverzug des Käufers für den Fall der Wahl des Schadensersatzes nicht zur Naturalerfüllung verpflichtet bleibt, sondern durch den auf seine Rechnung erfolgenden Selbsthilfeverkauf konkret seinen Schaden berechnen kann.

Oertmann[1]) will dieser Bestimmung keine einseitige Interesseforderung zu Grunde legen; er kommt auf eine stillschweigende Kompensation, und zwar nach Art von Martinus. Zur Annahme dieser veralteten Rechtsanschauung liegt aber keine Veranlassung vor. Kisch[2]) gibt für den § 376 zwar die einseitige Interesseforderung zu, erklärt aber die Vorschrift für eine Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen über den Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Von einer Aus-

[1]) II, S. 57.
[2]) II, S. 141.

nahme kann man aber nur insofern sprechen, als über die Art der Verwirklichung des Schadensersatzanspruches eine Sonderbestimmung bei Fixgeschäften getroffen wird; die allgemeinen Grundsätze hingegen bleiben unberührt[1])

b) Das B.G.B.

a) Die Gesetzesmaterialien.

§ 12.

Die obige Darstellung ergibt, daß uns die bisherigen Rechte für die Lösung unserer Frage gar keine oder nur geringe Anhaltspunkte geben; infolgedessen steht uns nur der eine Weg offen, lediglich aus dem B.G.B. unsere Frage zu beantworten.

Was die gesetzgeberischen Vorarbeiten des B.G.B. anbetrifft, so wird sowohl in den Motiven zum I. Entwurfe wie in den Protokollen der II. Lesung unsere Frage nirgends berührt. Nur auf eine Stelle in den Protokollen[2]) sei verwiesen: An dieser Stelle, in der von dem später in § 320 Abs. 2 B.G.B. geregelten Falle gesprochen wird, wird zur Erläuterung desselben das Beispiel des Kaufes angeführt. Hier heißt es:

„Sei der Verkäufer im Verzuge, so könne die Setzung der Frist selbst ohne vorheriges Urteil erfolgen. Nach Ablauf derselben könne er von dem Vertrage zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern, mit dieser Forderung gegen die Forderung des Verkäufers auf den Kaufpreis aufrechnen und den etwa überschießenden Betrag seiner Schadensersatzforderung von dem Verkäufer einziehen."

Die Stelle führt uns allerdings zu der Annahme, daß hier die von uns vertretene Ansicht nicht zu Grunde gelegt ist. Andererseits muß man aber in Erwägung

[1]) Vgl. Schöller I, S. 630.
[2]) I, S. 634.

ziehen, daß, wie Schöller[1]) treffend bemerkt, „derartige gelegentliche Äußerungen für den Willen des Gesetzgebers nicht beweisend sein können."

β) Standpunkt des Gesetzes selbst.

α') Wesen der gegenseitigen Verträge.

§ 13.

Vor allem dürfte die Richtigkeit der von uns vertretenen Theorie aus dem Wesen des gegenseitigen Vertrages folgen, über das die Meinungen auseinander gehen.

Von dem Wesen des gegenseitigen Vertrages sind drei Auffassungen, wie Kisch[2]) ausführt, möglich[3]):

1. Der gegenseitige Vertrag kann als eine Vereinigung zweier völlig selbständiger Schuldverhältnisse aufgefaßt werden; das Schicksal der einen Verpflichtung wird durch die andere überhaupt nicht beeinflußt. Das einzige Überbleibsel dieser sonst nirgends vertretenen Anschauung war im römisch-gemeinen Rechte der Grundsatz: „periculum est emptoris", den wir oben bereits erwähnt haben.

2. Nach der gerade entgegengesetzten Auffassung sind die beiden Verpflichtungen so innig mit einander verwachsen, daß sie sich gewissermaßen lediglich als „die beiden Seiten einer und derselben Forderung, bezw. Verbindlichkeit"[4]) darstellen.

3. Endlich ist eine zwischen den beiden extremen Auffassungen vermittelnde Ansicht denkbar, nämlich daß der gegenseitige Vertrag zwei gegenüberstehende Verpflichtungen erzeuge, von denen die eine, dem Austauschzwecke des Vertrages entsprechend, ohne die andere nicht erfüllt zu werden brauche.

---

[1]) I, S. 613.
[2]) II, S. 74.
[3]) Vgl. auch Matthiaß S. 349.
[4]) Kisch II, S. 74.

Die erste der drei Auffassungen liegt keineswegs dem B.G.B. zu Grunde[1]: denn „ein solches Prinzip ließe sich so ziemlich mit keiner einzigen Bestimmung des B.G.B. über gegenseitige Verträge (§§ 320—327) in Einklang bringen."

Desgleichen ist Kisch zuzugeben, daß auch die zweite Auffassung dem B.G.B. nicht entspricht: denn wenn man einen einzigen, zusammengesetzten obligatorischen Anspruch annehmen wollte, so würde die Bestimmung des § 324 B.G.B. keine Existenzberechtigung haben, dem zufolge die eine Partei beim Vorhandensein gewisser Voraussetzungen zur Leistung weiter verpflichtet bleibt, während die Leistungspflicht der Gegenpartei erloschen ist.

Somit bleibt nur das dritte Prinzip als in das B.G.B. aufgenommen der näheren Erörterung überlassen.

Diese Auffassung geht also dahin, daß jedenfalls, was die Geltendmachung der beiderseitigen Verpflichtungen anbelangt, diese als von einander abhängig zu betrachten sind[2]). Damit ist nun aber noch nichts über das Verhältnis der gegenüberstehenden Verpflichtungen hinsichtlich ihrer Begründung und ihres Fortbestandes, insbesondere nichts über die Frage gesagt, welches das Schicksal der einen Verbindlichkeit ist, wenn die andere fortfällt[3]).

Aus den Grundsätzen der §§ 323 und 324 „läßt sich", wie Kisch[4]) sehr richtig sagt, natürlich „noch kein sicheres Prinzip für den Fall ableiten, daß infolge eines nachträglichen Ereignisses der ursprüngliche Schuldgegenstand nicht geleistet werden kann oder muß, daß aber an dessen Stelle ein anderer Vermögenswert tritt".

---

[1]) Kisch, l. c.
[2]) Vgl. Staffel S. 468.
[3]) Vgl. Kisch II, S. 75.
[4]) II, S. 76.

Dagegen glaubt Kisch[1]), aus einigen analogen Beispielen im B.G.B. die Richtigkeit seiner Theorie nachweisen zu können. Er zieht nämlich die Vorschrift des § 323 Abs. 2 vergleichsweise heran. Durch § 325 Abs. 1 S. 3 ist auch beim Vorhandensein der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit die Anwendung des § 323 Abs. 2 gestattet worden. Dieser Abs. 2 bestimmt:

„Verlangt der andere Teil" (d. h. derjenige, der die zufällige Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat) „nach § 281 Herausgabe des für den geschuldeten Gegenstand erlangten Ersatzes oder Abtretung des Ersatzanspruchs, so bleibt er zur Gegenleistung verpflichtet . . . ."

Aus dieser Bestimmung, nach der also trotz der Veränderung des einen Leistungsgegenstandes der Vertrag weiter besteht, mithin der das commodum empfangende Kontrahent zur Entrichtung seines Entgeltes verpflichtet bleibt, folgert Kisch, daß auch bei der Geltendmachung des Schadensersatzes in den Fällen der §§ 325, 326 die Pflicht des Gläubigers zur Erfüllung nicht erlischt.

Dies läßt sich aber durch folgende Gründe widerlegen: Der Schadensersatzanspruch und das durch § 323 Abs. 2 gewährleistete Recht sind durchaus verschiedene Dinge; sie stehen dem Berechtigten wahlweise neben einander zu und beruhen auf verschiedener rechtlicher Grundlage; während das Fundament, auf dem der Schadensersatzanspruch basiert, in einem vertretbaren Verhalten des schuldigen Teiles besteht, ist die Grundlage des Anspruches aus § 323 Abs. 2 eine singuläre Vorschrift; und diese Vorschrift entspricht der Natur der Sache; denn das Gesetz konnte dem Gläubiger dieses Recht nur unter der Bedingung gewähren, daß er seinerseits erfüllte; er würde sich ja sonst ungerechtfertigt bereichern! Die Vorschrift des nämlichen Para-

[1]) II, S. 76 ff.

graphen läßt sich gerade für unsere Theorie verwerten: denn würde trotz des Vorhandenseins der Ersatzleistung des Schuldners die Verpflichtung zum Entgelte fortbestehen, so würde der Vertrag aufrecht erhalten bleiben: und hieraus wäre dann als notwendige Konsequenz der Schluß zu ziehen, daß der Gläubiger nicht nur berechtigt sei, sondern verpflichtet bleibe, gegen entsprechende Bewirkung seiner Leistung den Ersatz als Surrogat der Leistung des anderen Teiles anzunehmen[1]).

Außerdem bleibt im Falle des § 323 Abs. 2 die Gegenleistung des Gläubigers von der Leistung des Schuldners auch keineswegs unberührt, wie dies nach der Theorie von Kisch der Fall sein müßte. Dies lehrt ein Blick auf § 323 Abs. 2 Halbs. 2:

„Diese" (d. h. die Gegenleistung des Gläubigers) „mindert sich jedoch nach Maßgabe der §§ 472. 473 insoweit, als der Wert des Ersatzes oder des Ersatzanspruchs hinter dem Werte der geschuldeten Leistung zurückbleibt"[2]).

Ebenso sucht Kisch[3]) aus § 323 Abs. 1 Halbs. 2 in Verbindung mit § 473 die herrschende Ansicht folgendermaßen zu rechtfertigen: Wenn die Leistung des Schuldners teilweise unmöglich wird, so hat der Gläubiger gleichwohl seine Leistung im ganzen Umfange zu bewirken, vorausgesetzt, daß diese sich nicht mindern läßt. Damit wird dem Gläubiger aber häufig

---

[1]) Ähnlich Schöller I, S. 616, II, S. 521.

[2]) Kisch (II, S. 97 ff.) meint ferner, daß der Schuldner nur für seine Verbindlichkeit hafte, also könne sich der Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur auf die Verbindlichkeit des Schuldners beziehen. Sein Anspruch auf die Gegenleistung müsse unberührt bleiben, da er sonst über Gebühr benachteiligt würde. Hiergegen ist zu sagen, daß der Schuldner, da er selbst durch sein Verschulden die ungünstige Lage des Gläubigers herbeigeführt hat, natürlich jegliche für ihn nachteiligen Folgen zu tragen hat.

[3]) II, S. 78.

nicht gedient sein; es wird recht oft nicht seine Absicht sein, seine ganze Leistung zu bewerkstelligen, während er selbst nur einen Teil der Gegenleistung, der für ihn vielleicht gar kein Interesse hat, und für den fehlenden Teil ein Geldäquivalent erhält. Auf der anderen Seite „mutet sie[1]) dem Schuldner zu, eine Barzahlung zu leisten, obgleich er eine solche für die Gegenleistung möglicher Weise niemals versprochen haben würde“[2]). Da nun aber trotzdem das Gesetz in § 323 in Verbindung mit § 473 ein Festhalten am Vertrage vorschreibt, so glaubt Kisch, das allgemeine Prinzip daraus ableiten zu dürfen, daß der Gesetzgeber, wie in diesem Falle, so auch überhaupt grundsätzlich die Auffassung beobachtet wissen will, daß, solange eine Verpflichtung des Schuldners, wenn auch mit verändertem Inhalte, besteht, entsprechend auch die Verbindlichkeit des Gläubigers aufrecht erhalten bleibt.

Während Kisch in dieser Bestimmung die Regel erblickt, nach der auch die übrigen Fälle, in denen die eine der beiden Verpflichtungen fortfällt, zu behandeln seien, hat für uns[3]) die Vorschrift die Bedeutung einer Ausnahme, welche die Regel bestätigt. Denn einmal gibt Kisch selbst zu, daß diese Bestimmung ungerechtfertigt ist; man darf sie daher schon deshalb nicht als das Prinzip ansehen. Außerdem liegt jedenfalls der Vorschrift des § 323 Abs. 1 Halbs. 2 der Gedanke zu Grunde, daß der Schuldner günstiger gestellt sein müsse bei zufälliger als bei verschuldeter Unmöglichkeit.

Ebenso wie die Fälle, in denen die Veränderung des Schuldinhaltes durch die positiven Bestimmungen des Gesetzes festgesetzt ist, dienen Kisch[4]) auch die Fälle, in denen diese Veränderung auf dem Willen der

[1]) Nämlich die Bestimmung des § 323 Abs. 1 Halbs. 2.
[2]) Kisch I, S. 178.
[3]) Vgl. auch Schöller II, S. 521.
[4]) II, S. 80.

Kontrahenten beruht, als Beweismittel für die Richtigkeit seiner Theorie. Z. B. verändert sich der Schuldinhalt, wenn die Vertragsparteien vereinbart haben, daß der Gläubiger oder Schuldner an Stelle des versprochenen Gegenstandes einen anderen liefern könne. In all' diesen Fällen bleibt trotzdem die Pflicht des Gläubigers zur Gegenleistung bestehen. Daraus schließt Kisch, daß auch beim Schadensersatz wegen Nichterfüllung die Gegenleistungspflicht bestehen bleiben müsse. Das wird tatsächlich auch kein Mensch bezweifeln! Denn wenn die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend vereinbaren, daß die betreffende Leistung des Gläubigers oder Schuldners als Surrogat der ursprünglichen angesehen werden soll, so entspricht es der Natur der Sache, daß der empfangende Teil seine Gegenleistung nach wie vor zu bewirken hat. Wie man sich hier eine einseitige Interesseforderung konstruieren soll, ist schlechterdings nicht einzusehen. Kisch ist hier der Vorwurf einer petitio principii nicht zu ersparen; in seinen Beispielen steht es fest, daß der Schadensersatz Surrogat der Leistung ist; ob das aber überhaupt anzunehmen ist, soll doch erst bewiesen werden. Die Erwähnung dieser Fälle hätte sich Kisch also sparen können; sie sind für die Lösung unserer Frage bedeutungslos.

Das Gleiche trifft endlich auch auf den Fall der für die Erfüllung der schuldnerischen Verbindlichkeit durch einen Dritten übernommenen Bürgschaft zu; daß hier, wie Kisch[1]) erörtert, der Gläubiger, wenn er wegen ausbleibender Erfüllung Befriedigung bei diesem Dritten sucht und findet, seinerseits zu leisten verpflichtet ist, unterliegt keinem Zweifel. Kisch macht sich auch hier einer petitio principii schuldig; der Gläubiger kann gemäß § 767 B.G.B. vom Bürgen nichts

[1]) II, S. 80, 81.

anderes als vom Schuldner verlangen: wenn also der vom Hauptschuldner zu leistende Schadensersatz Surrogat der geschuldeten Leistung wäre, so müßte dies auch für die Verbindlichkeit des Bürgen gelten; ob aber der Schadensersatz diesen Charakter hat, das soll uns ja Kisch gerade beweisen[1]).

Die Darstellung ergibt, daß die von Kisch zur Verteidigung seiner Theorie aufgestellten Erwägungen seine Ansicht nicht zu erhärten imstande sind. Daher können wir uns auch nicht mit den Worten einverstanden erklären, die Kisch[2]) am Schlusse dieser seiner zusammenhängenden Betrachtung anführt:

„Diesem auf induktivem Wege gewonnenen, durch eine Reihe von Einzelentscheidungen bestätigten Prinzip wird nun für die rechtliche Behandlung des gegenseitigen Vertrages allgemeine Bedeutung zuerkannt werden dürfen."

Die soeben von Kisch entwickelte Ansicht ist das Produkt einer „grundsätzlich unzutreffenden Auffassung des Wesens des gegenseitigen Vertrages[3])". Kisch und mit ihm Kleineidam betonen, daß der wirtschaftliche Zweck des gegenseitigen Vertrages nicht in dem Austausche der beiderseitigen Güter, sondern der den letzteren zuzumessenden Werte bestehe. Nach Kisch[4]) ist die Entschädigung bestimmt, den wirtschaftlichen Erfolg der Erfüllung, wenn auch in anderer Art, tunlichst zu verwirklichen; in der Äußerung des Gläubigers, Schadensersatz zu wollen, liege also die Erklärung, an jenem ökonomischen Ergebnisse, soweit möglich, festhalten zu wollen; verändert sei nicht das Ziel und die

[1]) Vgl. übrigens auch Jacobi S. 83 Anm. 48, welcher darauf hinweist, daß die streitige Frage durch derartige Beispiele nicht berührt werde.

[2]) II, S. 81.

[3]) Schöller II, S. 520.

[4]) II, S. 98.

wirtschaftliche Gesamtbedeutung, sondern nur der Inhalt der schuldnerischen Leistung. Kleineidam[1]) begründet seine Ansicht damit, daß der Gläubiger ja „ein vollgültiges Äquivalent für seine Gegenleistung" erhalte; nach seiner Meinung kommt es beim gegenseitigen Vertrage lediglich auf den Wertaustausch an.

Die Ansicht der beiden Autoren kann aber nicht unsere Billigung finden; nicht auf den Wertaustausch, sondern gerade auf das Auswechseln der Güter kommt es den Parteien beim Abschlusse des Vertrages in erster Reihe an[2]) [3]).

Es ist auch nicht richtig, wenn Kisch[4]) den Einwand erhebt, daß den Vertragsparteien häufig sehr wenig an dem ursprünglich versprochenen Vertragsgegenstande gelegen sei, und es ihnen vielmehr auf einen bestimmten finanziellen Gewinn ankomme. Die ausschließlich den Wertaustausch bezweckenden Verträge kämen namentlich im Handelsverkehre, bei Käufen über marktgängige Waren und Wertpapiere, in nicht geringer Anzahl vor. Dem ist entgegenzuhalten, daß derartige Verträge bei weitem nicht die Mehrzahl der überhaupt vorkommenden gegenseitigen Verträge bilden. Kisch[5]) gibt selbst einige Zeilen weiter zu, daß „in der

---

[1]) S. 145.

[2]) Vgl. Schöller II, S. 520 ff.

[3]) Staub S. 1277, 1278 und Oswalt S. 214 betonen sehr richtig, daß der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung auch eine Art der Realisierung des Vertrages sei, aber jedenfalls nicht der Anspruch auf Erfüllung. So habe sich z. B. der Verkäufer zur Lieferung der Ware nur gegen Zahlung des Kaufpreises verpflichtet, nicht aber zur Lieferung ohne Gegenleistung oder gegen eine andere als die ursprünglich geschuldete; er kann also zur Lieferung der Ware nicht verpflichtet bleiben oder werden; denn „Nichterfüllung mag alles sein, nur nicht Erfüllung des Vertrages".

[4]) II, S. 81, 82.

[5]) II, S. 82.

großen Mehrzahl der Fälle eine bestimmte Leistung um ihrer selbst, nicht aber um ihres Geldwertes willen von dem Gläubiger erstrebt wird". Gerade die meisten Kaufgeschäfte im täglichen Leben, jeder Handkauf im Kaufmannsladen sind ein beredtes Zeugnis für die Güteraustausch-Theorie.

Wenn Kisch[1]) meint, unsere Theorie beruhe gerade auf der Durchführung der Wertaustausch-Theorie, indem dem Gläubiger der Wertunterschied zugebilligt und ihm das eigene Entgelt belassen würde, so ist ihm auch hierin nicht Recht zu geben; denn der Gläubiger macht erst dann die Wertdifferenz geltend, wenn ihm der Güteraustausch nicht mehr möglich ist.

Während wir in den bisherigen Ausführungen der von Schöller vertretenen Lehre in vollem Maße beistimmen konnten, sehen wir uns gezwungen, in einem Punkte von dieser abzuweichen und unseren Gegnern beizupflichten.

Schöller[2]) geht nämlich unter anderem von folgender Erwägung aus: Durch die verschuldete Unmöglichkeit der einen Leistung oder den Verzug wird ein Erlöschen der beiderseitigen Leistungspflichten herbeigeführt, und zwar tritt die Aufhebung des Vertragsverhältnisses ipso iure ein, d. h. ohne daß es einer auf diese Aufhebung gerichteten Erklärung seitens des nichtschuldigen oder nichtsäumigen Teiles bedürfte. Durch zwei Gründe sucht Schöller diese Argumentation zu rechtfertigen: Einmal folge dies für § 326 ohne weiteres aus den Worten: „Der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen". Diesen Satz will nämlich Schöller[3]) dahin extensiv interpretieren, daß der Gesetzgeber diese Vorschrift nicht nur auf die Naturalleistung

[1]) II, S. 84.
[2]) II, S. 524.
[3]) I, S. 625.

des Schuldners, sondern auch die korrespondierende Verbindlichkeit des Gläubigers beziehen wollte. Den gleichen Standpunkt vertritt Staub[1]):

„Des Verkäufers Anspruch auf Erfüllung ist . . . ausgeschlossen, wie das Gesetz in § 326 B.G.B. ausdrücklich bestimmt, und dadurch ist ganz selbstverständlich auch der Anspruch des Käufers auf Erfüllung ebenfalls ausgeschlossen. Denn der Verkäufer braucht nur zu erfüllen, wenn der Käufer seinerseits erfüllt."

Zu einer derartigen Interpretation der Gesetzesstelle liegt aber absolut kein Grund vor.

Unrichtig ist ferner auch die zweite Begründung, die Schöller für § 325 auf die Bezugnahme dieses Paragraphen auf § 323 stützt; dieser letztere lasse die Liberierung beider Teile von der Leistungspflicht ipso iure eintreten; es sei nicht einzusehen, weshalb noch bei der Wahl des Rechtes aus § 323 eine ausdrückliche Erklärung des Gläubigers erforderlich sei. Dies würde dem Grundsatze widerstreiten, daß der Gläubiger bei unverschuldeter Unmöglichkeit nicht mehr Rechte als bei verschuldeter haben könne.

Hiergegen ist mit Kisch[2]) zu sagen: Wenn die Befreiung auch des Gläubigers von der Naturalleistung im Falle des § 325 ipso iure eintreten würde, so wäre die besondere Gewährung des Rechtes auf den Rücktritt und die Geltendmachung der Rechte aus § 323 neben dem Schadensersatzanspruche nicht recht verständlich. Der Umstand, daß das letztere Recht neben den anderen Befugnissen erwähnt wird, läßt darauf schließen, daß der Gläubiger (wie beim Rücktritte) die Aufhebung des Vertrages ausdrücklich erklären muß. Die Lage ist dadurch keineswegs schlechter als beim Vorhandensein zufälliger Unmöglichkeit; denn es stehen dem Gläubiger

[1]) S. 1277 Anm. 21.
[2]) II, S. 87, 88.

mehr Rechte bei verschuldeter als bei zufälliger Unmöglichkeit zu[1]).

Das Hauptargument, das gegen die Ansicht von Schöller[2]) spricht, geht aber dahin, daß es nicht recht verständlich ist, wie, wenn nach Schöller das Vertragsverhältnis ipso iure erlöschen soll, nun mit einem Male der Gläubiger doch wieder einen Entschädigungsanspruch erheben könne. Auf den Vertrag kann dieser Anspruch doch unmöglich gegründet werden; denn nach der Schöller'schen Ansicht ist dieser ja bereits ipso iure erloschen.

Nach der Ansicht von Kisch muß man folgende Gestaltung der Rechtslage annehmen:

Zunächst tritt weder eine endgültige Befreiung noch eine endgültige Weiterbindung ein; vielmehr herrscht vorerst ein Schwebezustand, welcher die Beendigung oder Fortdauer des Vertragsverhältnisses und damit das Schicksal der möglich gebliebenen Gegenverbindlichkeit im Zweifel läßt[3]). Damit ist aber weder zum Beweise der einen noch der anderen Theorie etwas gewonnen.

Mit dieser Konstruktion von Schöller können wir also nicht zum Ziele gelangen; wohl aber bestätigt sich unsere Auffassung aus anderen Gesichtspunkten heraus; es kommen uns einige positive Gesetzesvorschriften zu Hilfe:

---

[1]) Übrigens baut auch Staffel (S. 468) eine ähnliche ipso iure-Konstruktion auf, die sich mit den gleichen Gegengründen widerlegen läßt. —

Die Abhandlung von Staffel wird durch eine Anzahl von scheinbaren Druckfehlern oft recht unverständlich; so redet Staffel andauernd von einem Abs. 4 des § 323; ferner wird die auf S. 470 Z. 2 ff. befindliche Erörterung nur verständlich, wenn man an die Stelle der Worte: „auf einem Verschulden" den entgegengesetzten Ausdruck: „auf keinem Verschulden" treten läßt.

[2]) Vgl. Kisch II, S. 86.

[3]) Vgl. Kisch II, S. 89.

§ 325 Abs. 1 S. 2 bestimmt:

„Bei teilweiser Unmöglichkeit ist er" (der Gläubiger), „wenn die teilweise Erfüllung des Vertrags für ihn kein Interesse hat, berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit nach Maßgabe des § 280 Abs. 2 zu verlangen oder von dem ganzen Vertrage zurückzutreten."

Dem entspricht die Vorschrift des § 326 Abs. 2:

„Hat die Erfüllung des Vertrags infolge des Verzugs für den anderen Teil" (den Gläubiger) „kein Interesse, so stehen ihm die im Abs. 1 bezeichneten Rechte zu, ohne daß es der Bestimmung einer Frist bedarf".

Beide Stellen sprechen von dem mangelnden Interesse an der „Erfüllung des Vertrags". Was das Gesetz unter diesem Begriffe verstanden wissen will, ergeben der I. Entwurf und die Protokolle zur II. Lesung[1]).

Der I. Entwurf gewährte dem Gläubiger für den Fall ein Rücktrittsrecht, daß die Leistung infolge des Verzuges des Schuldners für den Gläubiger kein Interesse mehr habe (§ 369 Abs. 2 des I. Entwurfes); und beim Vorhandensein teilweiser Unmöglichkeit bestimmte er:

„Ist die Leistung nur teilweise unmöglich geworden, so steht dem Gläubiger das Rücktrittsrecht nur dann zu, wenn der nicht unmöglich gewordene Teil der Leistung für ihn kein Interesse hat" (§ 369 Abs. 1 S. 2 des I. Entwurfes).

Der I. Entwurf spricht also nicht von mangelndem Interesse an der Erfüllung des Vertrages, sondern verlangt, daß die Bewirkung oder wenigstens die teilweise Bewirkung der Leistung des Schuldners für den Gläubiger ohne Interesse sei.

Inzwischen war man aber zur Einsicht gekommen, daß diese Regelung namentlich nicht für die Fälle aus-

[1]) Vgl. zum folgenden: Schöller I, S. 617 ff.

reiche, in denen dem Schuldner eine Geldleistung obliege. Denn das Rücktrittsrecht und der Schadensersatzanspruch würden mithin „nach dem Wortlaut der Fassung dem Verkäufer stets dann versagt sein, wenn der Käufer eine Anzahlung gemacht habe, weil für den Verkäufer immer ein dem Betrag der empfangenen Geldsumme entsprechendes Interesse bestehe“ [1]). Daher wurde die Einschaltung eines weiteren Paragraphen, der die Rechte des nichtschuldigen Teiles erweitern sollte, beantragt und angenommen. Dieser Paragraph (§ 369a Abs. 1) lautete:

„Ist in den Fällen . . . . die dem einen Teile obliegende Leistung nur teilweise unmöglich geworden oder nur teilweise nicht bewirkt, so ist der andere Teil berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung . . . . zu verlangen oder von dem ganzen Vertrage zurückzutreten, wenn er an der teilweisen Erfüllung des Vertrags kein Interesse hat.“

Gleiches wurde für den Fall des Verzuges bestimmt. Aus diesen Paragraphen sind dann in wörtlicher Übereinstimmung die §§ 325, 326 hervorgegangen.

Aus dieser Entstehungsgeschichte der §§ 325, 326 sucht Schöller eine Stütze für seine Theorie zu gewinnen. Er argumentiert nämlich folgendermaßen [2]):

Schon nach dem I. Entwurfe brauchte der nichtschuldige Teil nicht nachzuweisen, daß er weder an der Bewirkung der eigenen Leistung noch an derjenigen des säumigen Teiles ein Interesse habe; es habe schon damals der letztere Nachweis genügt. Die Kommissionsverhandlungen ergäben, daß nach dem Gesetze auch der erstere Nachweis völlig ausreiche; der Gläubiger brauche nur den Beweis zu erbringen, daß entweder seine eigene Leistung oder diejenige des Schuldners für

[1]) Vgl. Protokolle II, S. 63.

[2]) I, S. 622 ff.

ihn ohne Interesse sei. Beim Vorliegen einer der beiden Alternativen statuiere das Gesetz bereits das mangelnde Interesse an der Erfüllung des ganzen Vertrages. Es genüge also z. B., daß der Gläubiger den Mangel des Interesses an seiner eigenen Leistung nachweise. Das B.G.B. gestatte dem nichtschuldigen Kontrahenten, wenn das Interesse an der Erfüllung des Vertrages in dem von ihm vorgelegten Sinne fehle, die Geltendmachung des Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung. Und daraus folgert Schöller weiter, daß der Gläubiger seinerseits nicht zu erfüllen brauche: denn „fordert er" (der Gläubiger) „nun Schadensersatz, weil ihm das Interesse an der Lieferung fehlt, so kann ihm das Gesetz nicht zugleich dieselbe Lieferung zumuten, an der ihm das Interesse fehlt." Es würde das Gesetz dem Gläubiger sonst mit der einen Hand nehmen, was es ihm mit der anderen gegeben habe. Dasselbe müsse aber auch gelten, wenn der nichtschuldige Teil deshalb Schadensersatz fordert, weil er an der Leistung des säumigen Teils kein Interesse hat; denn auch hier nähme das Gesetz an, daß kein Interesse an der Erfüllung des ganzen zweiseitigen Vertrages besteht.

Diese ganze Argumentation Schöllers ist u. E. unhaltbar; denn sie verstößt gegen die Regeln der Logik. Schöller setzt das Interesse an der eigenen Leistung demjenigen an der Erfüllung des ganzen Vertrages gleich; diese beiden Begriffe decken sich aber keineswegs. Logischer Weise muß man vielmehr folgende Unterscheidungen machen: einmal muß man das mangelnde Interesse entweder an der eigenen oder an der gegnerischen Leistung, jede Leistung für sich, betrachten, zweitens das mangelnde Interesse sowohl an der eigenen wie an der schuldnerischen Leistung, sowie endlich drittens den Fall des mangelnden Interesses daran, gegen Bewirkung der eigenen Leistung die Gegenleistung zu erhalten. Falsch ist

die Präsumtion Schöllers, daß das Gesetz bereits das mangelnde Interesse an der Erfüllung des ganzen Vertrages statuiere, wenn der Gläubiger entweder an der eigenen oder an der Leistung des Schuldners kein Interesse habe; denn ich werde zwar, wenn für mich die Leistung des Gegners ohne Interesse ist, regelmäßig an dem Bestande des ganzen Vertrages kein Interesse mehr haben, andererseits kann aber, obwohl mir an meiner eigenen Leistung von vornherein oder infolge des schuldhaften Verhaltens des Gegners nachträglich nichts gelegen ist, trotzdem sehr wohl der ganze Vertrag für mich noch ein Interesse haben. Der Mangel des Interesses an der Gegenleistung hat in der Regel deswegen den Verlust des Interesses am ganzen Vertrage im Gefolge, weil eben gerade das Interesse an der Bewirkung der gegnerischen Leistung regelmäßig die Triebfeder zum Abschlusse eines gegenseitigen Vertrages und den Schwerpunkt des letzteren bildet; in den weitaus meisten Fällen schließe ich einen gegenseitigen Vertrag nicht um meiner, sondern um der Gegenleistung willen ab; und wenn diese letztere nicht oder nicht rechtzeitig bewirkt wird, so verliere ich naturgemäß das Interesse an dem ganzen Vertrage. Anders liegen die Verhältnisse aber in dem Falle, wo ich kein Interesse an der eigenen Leistung habe. Entweder war mir von Anfang an nichts an dieser gelegen; nun, dann kann ich logischer Weise, wenn die Gegenleistung nicht oder nicht rechtzeitig erfolgt, nachträglich das Interesse an der eigenen Leistung nicht verlieren, und das Interesse an der Erfüllung des ganzen Vertrages wird bestehen bleiben. Oder ich habe zunächst zwar ein Interesse an der eigenen Leistung, dieses ist aber infolge der nicht oder nicht rechtzeitig erfolgenden Gegenleistung wieder erloschen. Es lassen sich zwar Fälle konstruieren, wo ich an der eigenen Leistung ein hervorragendes Interesse habe,

z. B. Fälle gegenseitiger Verträge, zu deren Abschluß ich bewogen werde, um dem Gegenkontrahenten einen Gefallen zu erweisen; ein berühmter Mann schließt beispielsweise mit einem jungen Maler, dessen Talent er entdeckt hat, einen Vertrag dahin ab, daß er ihn für eine Ausstellung porträtieren solle, um dem jungen Künstler auf diese Weise Gelegenheit zur Begründung eines künftigen Rufes zu geben; wenn in diesem Falle der Maler nicht oder nicht rechtzeitig seine Leistung bewirkt, dann wird der Besteller des Bildes natürlich zugleich mit dem Verluste des Interesses an der eigenen Leistung auch das Interesse am ganzen Vertrage verlieren. Derartige Fälle stehen aber nur vereinzelt da, in der Regel entbehrt die eigene Leistung jeglichen Interesses für mich; jedenfalls wird dieses Interesse, entsprechend der wichtigen Rolle, die die Gegenleistung bei gegenseitigen Verträgen spielt[1]), nie so groß sein, daß der Verlust desselben das Interesse an der Erfüllung des ganzen Vertrages zu vernichten im stande ist. Regelmäßig wird außerdem das Interesse an der eigenen Leistung überhaupt nicht rechtlich geschützt, da der andere Teil darauf verzichten kann. Eine scheinbare Ausnahme hiervon machen die Verträge mit Abnahmepflicht; auf den ersten Blick scheint es, daß z. B. beim Kauf das Interesse des Verkäufers, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben, stets rechtlich geschützt ist; in Wirklichkeit besteht aber auf seiten des Verkäufers nicht ein Interesse an dem diesseitigen Anbieten des Kaufgegenstandes, sondern an der Abnahme desselben auf seiten des Käufers, also wiederum an einer Leistung des Gegners.

Hiernach dürfte erwiesen sein, daß das Fehlen des Interesses an der eigenen Leistung keineswegs den Mangel des Interesses an der Erfüllung des ganzen

[1]) Vgl. S. 56, 57.

Vertrages im Gefolge hat und damit den Schadensersatzanspruch begründet.

Jacobi, der im allgemeinen den gleichen Standpunkt wie Schöller vertritt[1]), bekämpft diesen in einem Punkte, aber u. E. zu Unrecht. Er behauptet nämlich, daß Schöller zu dem von ihm gewonnenen Ergebnisse „durch eine Ungenauigkeit des Ausdruckes, durch eine schiefe Wendung[2])“ geführt worden sei; Schöller sage nämlich an einer Stelle seiner Ausführungen[3]), daß der Gläubiger seine Leistung nicht zu bewirken brauche, wenn ihm das Interesse „sowohl an der Leistung als an der Gegenleistung“ fehlt. Diese Redewendung greift Jacobi auf[4]), um Schöller zu widerlegen; wenn dem Gläubiger sowohl an der eigenen wie an der Gegenleistung nichts gelegen sei, so habe für ihn der Vertrag überhaupt kein Interesse, und ein Schadensersatzanspruch wäre dann an sich garnicht möglich. Schöller gebraucht allerdings jene Redewendung „sowohl — als auch“; seine ganze Beweisführung läßt aber darauf schließen, daß dieser Ausdruck dem Autor bei seiner Erörterung nur versehentlich untergelaufen ist; betont er doch in diesem Teil seiner Ausführungen sonst überall das mangelnde Interesse an der einseitigen Leistung! Schöller hat an der in Bezug genommenen Stelle offenbar die Alternative: „entweder an der Leistung oder an der Gegenleistung“ gemeint.

Aber auch ganz abgesehen von der Frage, ob Schöller bei der Wahl des betreffenden Ausdrucks ein Versehen untergelaufen ist oder nicht, so vermag die von Jacobi aufgestellte Gegenargumentation doch nicht unsere Billigung zu finden. Jacobi geht in seinen

[1]) S. 53.
[2]) S. 54.
[3]) I, S. 622.
[4]) S. 55.

Ausführungen nicht logisch genug vor. Logischer Weise liegen die Verhältnisse doch folgendermaßen: zunächst, beim Abschlusse des Vertrages, bestand auf seiten des Berechtigten ein Interesse am Vertrage, dann ist dieses durch schuldhaftes Verhalten des Gegners verloren gegangen, und nun lebt der Schadensersatzanspruch auf; in demselben Augenblick, wo dieser Ersatzanspruch entsteht, ist natürlich das Interesse am Vertrage untergegangen; denn der Schadensersatzanspruch tritt ja an die Stelle des Interesses, das natürlich ursprünglich vorhanden gewesen sein muß. Denn wenn von Anfang an kein Interesse an der Erfüllung des Vertrages vorhanden war, so ist für einen Schadensersatzanspruch kein Raum; in diesem Falle gewährt eben das Gesetz das Rücktrittsrecht.

Die Theorie Schöllers krankt daran, daß sie das Interesse an der eigenen Leistung zu sehr in den Vordergrund drängt; nicht auf das Interesse an der eigenen, sondern an dem Austausch der beiderseitigen Leistungen kommt es an; die Kardinalfrage ist vielmehr die folgende: Hat der Gläubiger angesichts des schuldhaften Verhaltens des Gegners nun noch ein Interesse daran, gegen Bewirkung der eigenen die Gegenleistung zu erhalten? Mangelt es an diesem letzteren Interesse, dann (und nur dann) ist u. E. das den Schadensersatz wegen Nichterfüllung voraussetzende Fehlen des Interesses an der „Erfüllung des Vertrages" gegeben. Man darf eben nicht die beiderseitigen Leistungen isoliert betrachten, sondern muß sie, dem Wesen der gegenseitigen Verträge entsprechend, gegenseitig in ein Abhängigkeitsverhältnis bringen. Unseres Erachtens ist aus der Änderung des Wortlautes des fraglichen Paragraphen in den Kommissionsverhandlungen zu entnehmen, daß durch diese Änderung gerade der Gegensatz zwischen der einseitigen Leistung und der Erfüllung des ganzen, aus Leistung und Gegen-

leistung bestehenden Vertrages zur Vermeidung etwaiger Irrtümer hervorgehoben werden sollte.

Die von uns vertretene Theorie, daß in den §§ 325, 326 unter „Erfüllung des Vertrags" die beiderseitige Erfüllung zu verstehen sei, wird allgemein in der Litteratur zum Ausdruck gebracht; vgl. Neumann S. 271 Anm. 2b zu § 326, Oertmann I zu § 326 No. 5, Schollmeyer S. 208 Anm. 7 zu § 325, Staub S. 1278.

Schöller gelangt zu dem Resultat seiner oben geschilderten Deduktion, daß nämlich der Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordernde Gläubiger seinerseits nicht zu erfüllen brauche, durch die Schlußerwägung: Wenn der Mangel des Interesses des Berechtigten an der Erfüllung des ganzen gegenseitigen Vertrages Voraussetzung der Entstehung des Anspruches ist, so kann doch unmöglich Voraussetzung der Geltendmachung dieses Anspruches die Bewirkung der Leistung durch den Berechtigten, d. h. die teilweise Erfüllung dieses Vertrages sein. Diese Erwägung hält Kisch[1]) für einen Trugschluß. Dem ist entgegenzuhalten, daß logischer Weise das, was für die Voraussetzungen des erweiterten Rechts gilt, auch auf die Wirkungen zu erstrecken ist. Wir halten also diese Erwägung Schöllers für die folgende, von uns aus der Entstehungsgeschichte der §§ 325, 326 für unsere Theorie gezogene Schlußfolgerung aufrecht:

Fast man die Worte „Erfüllung des Vertrags" in dem Sinne, wie wir sie interpretiert wissen wollen, auf, so kann man doch unmöglich annehmen, daß der Gläubiger, dem gerade das Interesse an der Bewirkung der eigenen Leistung gegen Erfüllung von der anderen Seite fehlt, seine Leistung bewirken soll, um als Surrogat der Gegenleistung Schadensersatz zu erhalten[2]).

[1]) II, S. 91.

[2]) Vgl. auch Staub S. 1278.

Wenn Kisch[1]) meint, es trete durch die Wahl des Schadensersatzes keineswegs diejenige Lage ein, an der der Gläubiger kein Interesse habe, er erhalte vielmehr für den Gesamtwert der gegnerischen Erfüllung Entschädigung in Geld, wofür er die gesamte Gegenleistung bewirke, so ist hier der schon früher gegen Kisch ausgesprochene Einwand zu erheben, daß die gegenseitigen Verträge auf dem Prinzip des Güteraustausches beruhen; in den meisten Fällen wird eben der Gläubiger kein Interesse daran haben, daß ihm der Schuldner statt der ursprünglich versprochenen Leistung den entsprechenden Wertersatz in Geld (also als Surrogat) bietet.

Die „theoretische Möglichkeit" des von Kisch gemachten Einwandes erkennt auch Schöller[2]) an, hält letzteren aber für eine „subtile, ja spitzfindige Unterscheidung", die vom Gesetzgeber unmöglich „zur Grundlage seiner für das praktische Leben geschriebenen Rechtssätze gemacht worden sei". Daß die Auffassung unserer Gegner „subtil" und „spitzfindig" sei, ist mit Jacobi[3]) und Kisch[4]) nicht gut anzunehmen.

Jacobi[5]), welcher den gleichen Einwand wie Kisch erhebt, führt zur Erläuterung ein interessantes Beispiel an, auf das wir daher in Kürze eingehen wollen:

Ein Sammler seltener Waffen schließt mit einem Markensammler einen Tauschvertrag ab, auf Grund dessen der Markensammler ein ihm gehöriges seltenes Schwert gegen eine Anzahl seltener Briefmarken, die der Markensammler zum größten Teile noch nicht besitzt, einzutauschen sich verpflichtet. Durch einen Brand, der von dem Waffensammler verursacht wird, gehen gerade die Marken zu Grunde, welche der Marken-

[1]) II, S. 92.
[2]) I, S. 623.
[3]) S. 60.
[4]) II, S. 94 Anm. 26.
[5]) S. 56.

sammler noch nicht besitzt. Selbstverständlich kann hier der Markensammler vom ganzen Vertrage zurücktreten, da er an der Teilleistung des Waffensammlers, nämlich an dem Empfang der noch übrig gebliebenen Marken, kein Interesse hat; das wirtschaftliche Motiv, das ihn zum Abschlusse des Tauschvertrages veranlaßt hat, bestand in dem Interesse an der vollständigen Gegenleistung. „Trotzdem", sagt Jacobi[1]), „wird der Markensammler dem Waffensammler gerne das alte Schwert geben und ihm die übrig gebliebenen Marken lassen, wenn er ihm den Wert sämtlicher Marken als Schadensersatz gewährt." Daß der Markensammler gern das alte Schwert los sein will, ist zwar an sich denkbar; andererseits ist aber auch die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß er sich gerade nur ungern des Schwertes entledigt und es nur opfern wollte, weil er um jeden Preis die seltenen Briefmarken zu erlangen trachtete. Dieses Beispiel ist also von Jacobi ganz willkürlich gebildet, er hat es sich eben für seine Theorie zurecht geschnitten; ebenso gut kann man es derartig umformen, daß es der entgegengesetzten Ansicht dienstbar gemacht wird; dieser Fall lehrt, wie vorsichtig man beim Operieren mit Beispielen zu Werke gehen muß.

Wie man aber auch das Beispiel bilden mag, soviel steht jedenfalls fest, daß unsere Theorie jedem Falle gerecht wird; denn für den Fall, daß der Markensammler das Schwert gern behalten will, kommt ihm unsere Theorie entgegen, indem er zur Bewirkung seiner Leistung nicht verpflichtet ist; und zweitens steht dem Markensammler, wenn er das Schwert los werden will, immer noch der Weg des § 280 offen; er kann ja, wenn er will, worauf später[2]) noch einmal eingegangen werden

---

[1]) S. 57.

[2]) Vgl. unten die Ausführungen zu § 15.

wird, seine Gegenleistung bewirken: er kann hiernach also Schadensersatz verlangen und seine Gegenleistung nach § 280 bewirken.

Als Gegenbeispiel sei hier folgender Fall angeführt, der geeignet sein dürfte, unsere Theorie zu erhärten:

A. hat mit B. einen Tauschvertrag abgeschlossen, durch den sich der erstere verpflichtet, sein Rappengespann gegen das dem B. gehörige Schimmelgespann einzutauschen. Bevor A. sein Gespann übergeben hat, geht durch Verschulden des B. einer der beiden Schimmel, die ebenfalls noch nicht übergeben sind, zu Grunde. Dann liegt auf seiten des B. vollständige Unmöglichkeit der Leistung vor (da A. die beiden Pferde als Zweigespann haben wollte; vgl. über diesen Punkt Goldmann-Lilienthal S. 333, Anm. 8): A. verlangt jetzt Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Nach der Theorie von Planck müßte A. dem B. sein Rappengespann überlassen, während er eine dem Werte des Schimmelgespannes entsprechende Geldsumme erhielte. Das Endergebnis wäre also, daß B. drei Pferde, A. dagegen gar keins hätte und sich mit einer Geldentschädigung abfinden müßte. Daß die Parteien dieses Resultat beim Abschlusse des Vertrages nicht beabsichtigt haben, liegt meiner Ansicht nach auf der Hand. Wenn Oertmann[1]) meint, es stehe dem Gläubiger, falls er seine Leistung gegen eine Geldentschädigung nicht bewirken wollte, immer noch der Weg des Rücktrittes offen, so können wir dem wieder mit unserer Güteraustausch-Theorie begegnen; mit dem Rücktritte ist eben das Interesse des Gläubigers nicht gedeckt, zumal wenn wir in unserem Beispiele annehmen, daß das Schimmelgespann den Wert der Rappen übersteigt.

[1]) II, S. 58.

β) Verhältnis des Schadensersatzes zum Rücktritte.

§ 14.

Gegen unsere Ansicht wird ferner eingewendet, das Recht, welches wir dem Gläubiger gewähren, sei „ein Recht zum Rücktritte, verbunden mit dem Rechte auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung“ [1]). Wenn die Pflicht des Schuldners zur Naturalerfüllung erlösche und damit auch diejenige des Gläubigers, so sei dies gleichbedeutend mit der Auflösung des ganzen Vertragsverhältnisses. Damit seien aber die Bedingungen für das Vorliegen eines Rücktrittes erfüllt; wenn nun außerdem noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt werde, so sei damit eine kumulative Verbindung jener beiden Befugnisse ausgesprochen.

Dieser Einwand führt uns zu der Frage nach dem Verhältnis des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung zum Rücktritte. Daß beide Befugnisse dem vertragstreuen Kontrahenten kumulativ gewährt werden können, ist vom logischen Standpunkte aus sehr wohl möglich. Pauli[2]) bestreitet allerdings diese Möglichkeit als der juristischen Logik widersprechend, jedoch ohne genauere Begründung, so daß hierauf nicht weiter eingegangen zu werden braucht. Eine Kombination beider Rechte ist in den Gesetzen vieler Länder anerkannt worden, wie die interessante Zusammenstellung bei Kisch[3]) ergibt. Dem B.G.B. liegt aber, wie allseitig anerkannt ist[4]), das Prinzip des gegenseitigen Ausschlusses der

[1]) Adler im Archiv, S. 140 und bei Holdheim S. 107; Kisch I, S. 133, auch Anm. 24 a. E.; Oertmann II, S. 58.

[2]) S. 125.

[3]) II, S. 108 ff.

[4]) Vgl. Dernburg S. 239, Oertmann I, S. 73, Schollmeyer S. 205 Anm. 5 zu § 325, Endemann S. 538 Anm. 18, Schöller I, S. 608, Kisch I, S. 110 und S. 151 u. a.

beiden Rechte zu Grunde. Dies bestätigt der Gesetzestext[1]); denn der Gläubiger kann „Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder von dem Vertrage zurücktreten“ (§ 325 Abs. 1 S. 1 und 2; § 326 Abs. 1 S. 2). Den Grundsatz des gegenseitigen Ausschlusses von Vertragsaufhebung und Entschädigung hat der Gesetzgeber auch anderweitig beobachtet; z. B. wird in § 463 dem Käufer beim Mangel einer zugesicherten Eigenschaft der Kaufsache „statt“ der Wandelung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zugebilligt; vgl. auch §§ 538, 635.

Schöller[2]) ändert allerdings später seine Meinung und führt Beispiele aus dem Gesetze selbst an, wo Rücktrittsrecht und Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nebeneinander gewährt werden; jedoch sind diese Bestimmungen nicht ausschlaggebend, da sie nur Spezialvorschriften sind, so daß sich aus ihnen kein allgemeines Prinzip herleiten läßt, und zum anderen es sich in ihnen überhaupt nicht um einen Rücktritt im technischen Sinne[3]) handelt.

Mitunter wird unsere Theorie — das ist zuzugeben — praktisch auf jenes Endergebnis hinauslaufen[4]). Trotzdem würde sich ein Unterschied zwischen dem Rücktrittsrechte und dem Schadensersatzanspruche ergeben. Denn es würden, falls der schuldige Kontrahent zur Sicherung seiner Verbindlichkeit Bürgen oder Pfänder bestellt hat, diese für den Schadensersatzanspruch der nichtschuldigen Partei weiter haften (§ 767 Abs. 1 S. 2 und § 1210 Abs. 1 S. 1 B.G.B.); wählt die letztere hingegen den Rücktritt, so werden die ersteren von ihrer Haftung befreit.

[1]) Vgl. die Motive II, S. 210, 211.

[2]) II, S. 517.

[3]) Schöller (II, S. 518) bezeichnet die Kündigung als einen Rücktritt für die Zukunft.

[4]) Vgl. hierzu Schöller I, S. 608.

Den uns gemachten Vorwurf können wir mit gutem Grunde durch einen ähnlichen Einwand zurückgeben: Das praktische Resultat der gegnerischen Ansicht würde sich z. B. beim Kaufe mit dem Anspruche auf Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung decken; diesen besonders von Staub[1]) betonten Einwand gibt selbst Kisch[2]) zu, erklärt ihn aber aus der Unmöglichkeit einer Veränderung des Inhaltes von Geldleistungen, für deren Nichtbewirkung Schadensersatz verlangt werde; das Gleiche würde für alle Verträge gelten, deren Gegenstand — wie beim Kaufe — eine Geldleistung ist; man dürfe aber nicht vergessen, daß § 326 auf alle gegenseitigen Verträge, nicht bloß den Kauf, Anwendung finden solle; bei letzterem würde jedoch das Resultat ein wesentlich anderes sein. Dieses Bedenken ist jedoch leicht durch die Erwägung zu überwinden, daß gerade der Kaufvertrag im Verkehrsleben unter allen gegenseitigen Verträgen die wichtigste Rolle spielt und am häufigsten vorkommt.

Es bleibt nun noch die Entscheidung der Frage übrig, wie es zu halten sei, wenn der Gläubiger bereits geleistet hat. Kann hier der letztere die bereits vollzogene Gegenleistung zurückverlangen oder nicht? Die Frage wird müßig, wenn man sich auf den von Planck und seinen Anhängern vertretenen Standpunkt stellt; dagegen wird sie brennend für unsere Meinung.

In diesem Punkte gehen die Ansichten von Schöller und Cosack[3]) einerseits und Staub andererseits auseinander. Staub[4]) gewährt dieses Rück-

[1]) Exkurs zu § 374 Anm. 21.

[2]) II, S. 94, 95.

[3]) Vgl. B.R. S. 350 II, 2a, γ; insbesondere für den Kauf S. 426, III, 7b. Bemerkt sei, daß Cosack in der früheren Auflage den entgegengesetzten Standpunkt vertreten hat.

[4]) S. 1278. Dieselbe Ansicht vertritt Römer S. 133 für das gemeine Recht.

forderungsrecht nicht. Wir können dem aber keineswegs beistimmen; wenn Staub bei der Wahl des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung dem Gläubiger Befreiung von seiner eigenen Leistung zubilligt, dann muß er konsequenter Weise auch eine Rückforderung des bereits Geleisteten gestatten. Die berechtigten Vorteile, die er dem Gläubiger in dem einen Falle gewährt, spricht er ihm in dem anderen Falle wieder ab. Müssen dem Gläubiger, „der es mit der eigenen Erfüllung besonders ernst genommen und sich deshalb mit ihrer Vollziehung beeilt hat"[1]), nicht erst recht jene Vorteile gewährt werden? Es ist demnach ganz unzweifelhaft, daß, wenn man den Gläubiger grundsätzlich von der Leistungspflicht befreit wissen will, man ihm auch ein Recht auf die Rückforderung des Geleisteten einräumen muß. Auf diesen Standpunkt stellt sich denn auch Schöller[2]), der sich auf das Erkenntnis des Reichsoberhandelsgerichts vom 13. Mai 1875[3]) stützt; dieses spricht dem nichtsäumigen Käufer das Recht zu, unter dem Titel des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung den bereits gezahlten Kaufpreis zurückzufordern. In dem Erkenntnis heißt es unter anderem:

„Danach ergibt sich, daß die Kommission bei ihrer Auffassung geblieben ist, daß die Wahl des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung statt der Erfüllung auch ein Abgehen vom Vertrage, wenngleich nur ein faktisches, ist, und daß dabei die Zurückforderung des vom Käufer schon Geleisteten ein Teil der Entschädigung ist."

Im Endergebnis stimmt also dieses Erkenntnis mit der Ansicht von Schöller überein. Der Gläubiger kann aber die Leistung nicht unter dem Titel des Schadensersatzes zurückfordern; dies könnte er nur

[1]) Kisch II, S. 118.
[2]) I, S. 630 ff. und II, S. 523.
[3]) Vgl. Puchelt S. 354.

dann tun, wenn er das negative Vertragsinteresse geltend machen wollte; fordert er aber Schadensersatz, so steht ihm nur das positive Vertragsinteresse zu; „das Rückforderungsrecht des nichtschuldigen Teils bildet also keineswegs einen integrierenden Bestandteil des Schadensersatzanspruchs, ... sondern geht selbständig neben dem Schadensersatzanspruche her“ [1]).

Wenn der Schadensersatz Surrogat für die beiderseitige Naturalerfüllung ist, so besitzt der Schuldner die Leistung des Gläubigers „ohne rechtlichen Grund“ und ist ihm daher „zur Herausgabe“ nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet (§ 812 B.G.B.). Allerdings führt dieser Standpunkt zu einem absonderlichen Ergebnisse, insofern als der vertragstreue Gläubiger nach strengeren Grundsätzen haftet als der schuldige Teil. Wenn nämlich der letztere schon im voraus geleistet hat, und der Gläubiger nun wegen Unmöglichkeit oder Verzögerung des noch übrig bleibenden Teiles der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit fordert, so darf der Schuldner seine Leistung nach den strengen Haftungsgrundsätzen des Rücktrittes zurückfordern; dies ergibt sich nämlich aus der Verweisung von § 326 Abs. 1 S. 3 auf § 325 Abs. 1 S. 2, von diesem auf § 280 Abs. 2, von letzterem endlich auf die Bestimmungen über den vertragsmäßigen Rücktritt [2]). Aus dieser Rückverweisung auf § 280 schließt allerdings Zimmer [3]), daß auch auf den Gläubiger die Vorschriften über den vertragsmäßigen Rücktritt zur Anwendung zu bringen seien („die im § 346 bestimmte Verpflichtung der Parteien, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren,

---

[1]) Schöller I, S. 633.

[2]) Über den praktischen Unterschied der beiden Haftungsarten vgl. Neumann S. 276 Anm. 2 zu § 327.

[3]) S. 11 ff.

kommt nur für den Gläubiger . . . . in Betracht[1])". Dies ist aber ein Trugschluß: denn der von den einseitigen Schuldverhältnissen handelnde § 280 Abs. 2 kann nur das Rückforderungsrecht das Schuldners meinen; daraus auch auf dasjenige des Gläubigers einen Schluß zu ziehen, dürfte nicht unbedenklich sein. Vielmehr ist zuzugeben, daß dieses Ergebnis absonderlich ist; das ist aber trotzdem nicht geeignet, unsere Ansicht zu erschüttern; denn wir müssen immer in Betracht ziehen, daß der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung in den Motiven überhaupt nicht ex professo behandelt ist, und man bei den Kommissionsverhandlungen nicht zur völligen Klarheit über den fraglichen Begriff durchgedrungen war. Aber auch ganz abgesehen davon steht dem Gläubiger ja immer noch der Weg des Rücktrittes vom Vertrage offen.

Unsere Theorie wird scheinbar durch die Erwägung zurückgeschlagen, daß nach unserer Ansicht dem Nichtschuldigen neben dem Schadensersatzanspruche der Herausgabeanspruch des § 323 Abs. 3 zustände, was aber dem § 325 Abs. 1 S. 3, auf Grund dessen der Herausgabeanspruch nur „statt" des Schadensersatzanspruches gewährt ist, widersprechen würde. Gegen diesen Einwand führt Schöller[2]) folgendes an: Aus der Anschauung der Motive, daß der nichtschuldige Teil bei verschuldeter Unmöglichkeit keine geringeren Rechte haben könne als bei unverschuldeter, kann man entnehmen, daß er bei verschuldeter Unmöglichkeit mindestens auch die Rechte des § 323 neben dem Schadensersatze habe; begnügt sich aber der Gläubiger mit der Geltendmachung dieses Rechtes nicht, sondern fordert er Schadensersatz, so ist nicht einzusehen, warum ihm neben diesem Anspruche nicht auch die Rechte aus § 323 Abs. 1 oder Abs. 3 zustehen sollen.

[1]) Vgl. Planck S. 83 Anm. 7b zu § 280.

[2]) I, S. 637, 638.

Diese Interpretation Schöllers ist u. E. sehr gewagt und entspricht wohl nicht dem Willen des Gesetzgebers. Letzterer bedient sich ausdrücklich des Wortes „statt", das gemäß dem Sprachgebrauch zur Genüge den Willen des Gesetzgebers erkennen läßt, die Geltendmachung der fraglichen Rechte neben einander auszuschließen[1]). Ein derartiges Spielen mit den Wörtern der deutschen Sprache, wie Schöller es tut, ist wohl gerade bei der Auslegung einer gesetzlichen Vorschrift am wenigsten geboten. Schöller geht immer davon aus, daß die Wahl der Rechte aus § 323 ein minus gegenüber dem Schadensersatz- oder Rücktrittsrechte bildet. Dies ist aber durchaus nicht immer der Fall; es lassen sich sehr wohl Fälle denken, wo dem Gläubiger die Wahl der Rechte aus § 323 eine günstigere Lage gewährt als ein Schadensersatz oder Rücktritt. Z. B. A. hat als Verkäufer mit B. einen Vertrag über den Verkauf eines Hauses abgeschlossen; vor der Übergabe desselben brennt infolge Fahrlässigkeit des A. das Haus nieder. In diesem Falle wird unter Umständen der Käufer klüger tun, sich den Anspruch des A. gegen die Versicherungsgesellschaft auf Zahlung der Versicherungssumme abtreten zu lassen, als den wahren Schaden, der für ihn, den Käufer, vielleicht nur ein ganz geringer ist, einzuklagen. Wenn dem Gläubiger für den letztgedachten Fall nicht die Berufung auf § 323 gewährt wäre, so würde er bei verschuldeter Unmöglichkeit schlechter als bei unverschuldeter gestellt sein.

Dem unserer Theorie entgegengestellten Einwand, den u. E. die Gegenargumentation Schöllers nicht zu entkräften vermag, können wir mit der gleichen Erwägung wie oben[2]) begegnen, daß eben die Kom-

[1]) Derselben Ansicht Schollmeyer S. 205, Anm. 5 zu § 325.
[2]) S. 70.

missionsverhandlungen den fraglichen Begriff des Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung nicht genügend geklärt haben.

Aber auch das Gesetz selbst gibt uns einen gewissen Anhalt für die Entscheidung der streitigen Frage in unserem Sinne: Der § 327 S. 2 ergibt dieselbe Ungleichheit der beiderseitigen Haftungen; hier hat der Gesetzgeber ausdrücklich bestimmt, daß der zum Rücktritte berechtigte Teil nach den strengeren Grundsätzen des Rücktrittes, der andere Teil hingegen nur wegen ungerechtfertigter Bereicherung hafte.

γ) Verhältnis der §§ 280, 283, 286 Abs. 2 zu den §§ 325, 326.

§ 15.

Aber auch zugegeben, daß das aus unserer Theorie abgeleitete Ergebnis unbillig werden kann und den berechtigten Interessen unter Umständen nicht gerecht wird, so läßt sich doch noch ein Mittel finden, dieses sonderbare Resultat zu vermeiden. Wenn auch dem Gläubiger nach den von uns entwickelten Grundsätzen nicht die Pflicht zur Bewirkung seiner Gegenleistung obliegt, so ist auf der anderen Seite nicht einzusehen, warum ihm nicht das Recht zustehen sollte, den Schadensersatz lediglich als Surrogat der schuldnerischen Leistung anzusehen und infolgedessen seinen Entgelt zu zahlen. Diese Befugnis gesteht ihm denn auch mit vollem Rechte Schöller[1]) zu. Macht der Gläubiger von dieser Befugnis Gebrauch, so beruft er sich allerdings nicht auf das gegenseitige Vertragsverhältnis, sondern er macht lediglich die bei schuldhafter Nichterfüllung des Schuldners jedem Gläubiger nach den allgemeinen Grundsätzen zustehenden Rechte aus den §§ 280, 283 geltend. Von wie großem praktischem

[1]) I, S. 638 ff. und II, S. 526.

Werte die Gewährung dieses Rechtes ist, haben wir im Laufe der Darstellung zu beobachten Gelegenheit gehabt; es sei hier noch einmal an den Fall auf S. 62 f. erinnert, wo es dem Markensammler daran liegt, sich des Schwertes zu entledigen. Besonders praktisch wird aber die Einräumung jenes Rechtes eben dann, wenn der Gläubiger schon seinerseits erfüllt hat.

Diese ganze Auffassung soll nun nach Kisch[1]) gegen die elementarsten Auslegungsregeln verstoßen, indem dadurch dem Ausdrucke „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" in den §§ 325, 326 zwei ganz verschiedene Bedeutungen beigelegt würden; das eine Mal solle damit das Auswechseln von Entgelt des Gläubigers und Schadensersatz für die schuldnerische Leistung und das andere Mal das Verlangen der Differenz zwischen beiden Werten gemeint sein; eine solche Mehrdeutigkeit des gleichen Ausdruckes sei aber unzulässig.

Dem ist aber nicht so; denn das erste Mal gründet ja der Gläubiger seinen Anspruch auf die die einseitigen Verpflichtungen regelnden Bestimmungen der §§ 280 ff., das zweite Mal hingegen auf die Vorschriften der §§ 325, 326 über gegenseitige Verträge; innerhalb der §§ 325, 326 hat der Begriff des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung also keineswegs eine verschiedene Bedeutung.

Außerdem sollen nach der Ansicht von Kisch[2]) auch Bedenken praktischer Art gegen unsere Auffassung sprechen. Der Schuldner könnte nämlich in der Regel nicht erkennen, ob der Gläubiger beabsichtige, Schadensersatz wegen des ganzen Vertrages (nach §§ 325, 326) oder nur wegen der schuldnerischen Leistung (nach § 280) zu verlangen. Dem steht aber der Umstand entgegen, daß der Schuldner gemäß den Grund-

[1]) II, S. 121.
[2]) II, S. 121.

sätzen über Treu und Glauben den Gläubiger ja zur Abgabe einer Erklärung darüber zwingen kann, für welche der beiden Alternativen er sich zu entscheiden gedenke.

Ebenso nichtig ist der von Kisch[1]) gegen unsere Auffassung erhobene Einwand, daß auf diese Weise dem Gläubiger „ein Übermaß von Rechtsbehelfen" gewährt würde; ob dem Gläubiger aber statt der vier Befugnisse fünf zugestanden werden, ist doch wahrlich nicht erheblich! Es kann doch nicht etwa als eine Rücksichtslosigkeit des Gesetzgebers gegen den Schuldner, der gerade die Interessen des Gläubigers gefährdet hat, bezeichnet werden, wenn man dem durch den Schuldner in die ungünstige Lage versetzten Gläubiger möglichst viele Mittel an die Hand gibt, sich aus derselben zu befreien!

Wenn man mit Kisch den Standpunkt vertritt, daß auch in den §§ 325, 326 der Schadensersatzanspruch eine bloße Surrogatforderung bedeutet, so kommt man zu dem unbefriedigenden Ergebnisse, daß die §§ 325, 326, soweit sie sich auf den Schadensersatz wegen Nichterfüllung beziehen, eine bloße Wiederholung der §§ 280, 283, 286 Abs. 2 enthielten[2]). Dies scheint auch Oertmann[3]) zuzugeben.

Kisch[4]) bestreitet diese Wiederholung; die Bedeutung des § 325 bestehe vielmehr darin, daß er dem Gläubiger das Recht auf Schadensersatz neben den anderen Rechten auf Rücktritt und Berufung auf § 323 gewähren will; hätte der Gesetzgeber nur die beiden letzteren Rechte erwähnt, so hätte man vielleicht in die Versuchung der Annahme geraten können, als ob bei dem Tatbestande des § 325 nicht, wie dies bei den einseitigen

[1]) II, S. 122.
[2]) Vgl. Kleineidam S. 144.
[3]) I, 1a zu § 325.
[4]) II, S. 105, 106.

Schuldverhältnissen gestattet ist, das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewährt werden sollte; um dieser Mißdeutung des § 325 vorzubeugen, habe man dieses Recht noch besonders erwähnt.

Daß dies aber durchaus nicht zutrifft, ergibt sich aus der Fassung des § 325: In diesem wird schon auf § 323 im Sinne einer bloßen Wiederholung verwiesen. Hätte der Gesetzgeber auch auf das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung im Sinne von § 280 ebenfalls nur im Sinne einer Wiederholung verwiesen, so hätte er dieses Recht offenbar mit der Verweisung auf § 323 zusammengestellt und es nicht — wie er es jetzt getan hat — vor das neu eingeführte Rücktrittsrecht gestellt. Man muß also auch aus der Fassung schließen, daß der Schadensersatz wegen Nichterfüllung in § 325 etwas anderes bedeuten soll als der Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 280.

In II, S. 132 ff. stellt Kisch noch eine Anzahl von Fällen zusammen, die als scheinbare oder wirkliche Ausnahmen seiner Theorie gelten können.

Z. B. erwähnt Kisch den Fall, wo beide Parteien ein Interesse daran haben, daß der vertragstreue Teil über seinen Entgelt anderweitig verfüge und nur die Differenz beanspruche. Klagt der Gläubiger den Wertunterschied ein, so wird der Schuldner, sich mit einer derartigen Gestaltung der Dinge zufrieden gebend, das Verlangte an den Gläubiger zahlen. Es ist dies als eine stillschweigend vollzogene Auflösung des Vertrages anzusehen, verbunden mit dem „Ersatze des durch die Aufhebung des Vertrages entstandenen Schadens."

Kisch denkt weiter an den Fall, wo der Gläubiger, dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Schuldners und seinen Interessen entsprechend, den von ihm, dem Gläubiger, versprochenen Gegenstand für Rechnung des Schuldners nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag veräußert. Die Abweichung von der von

Kisch vertretenen Theorie ist auch hier nur eine scheinbare, weil die Verwertung des Entgeltes auf der Voraussetzung beruht, daß dieser Entgelt an und für sich weiter geschuldet blieb, also die Verwertung bloß eine andere Art der Erfüllung bedeutet.

Eine wirkliche Ausnahme von seiner Theorie findet Kisch in dem § 376 H.G.B., der den Fixhandelskauf betrifft; hier ist der Teil, der Schadensersatz verlangt, zur eigenen Leistung nicht verpflichtet, weil er sogleich die Differenz zwischen dem Kauf- und Marktpreise verlangen, auch eine anderweitige Veräußerung der Ware vornehmen kann.

Diesen und ähnlichen Sonderfällen und gesetzlichen Sonderbestimmungen kann jedoch für die Entscheidung unserer Frage keine allgemeine Bedeutung beigelegt werden.

Der Verlauf unserer Untersuchung führt, wie ein Rückblick auf die bisherige Darstellung lehrt, zu dem Ergebnisse, daß die Gesichtspunkte, welche die Gegner gegen unsere Ansicht ins Feld führen, auf theoretischem Gebiete diese zu erschüttern nicht imstande sind.

δ') Praktisches Ergebnis und Rechtsprechung, insbesondere des Reichsgerichts, zu den §§ 325, 326.

§ 16.

Vielleicht könnten nun aber die Gegner geltend machen, daß das praktische Bedürfnis ihre Ansicht rechtfertige.

Hier ist es interessant, daß Zimmer[1]), einer unserer Gegner, an der Hand eines von Cosack entlehnten Beispieles zu einem absonderlichen Resultate gelangt, das ihn gerade zu unserer Partei hätte hinüberführen

[1]) S. 32 ff.

müssen. Das Beispiel, mit dessen Anführung sich Zimmer selbst widerlegt, lautet:

A. verkauft an B. eine Partie Wolle „ohne Gewähr" für 7500 Mark, gerät aber in Lieferungsverzug und versäumt auch die Nachfrist. B. fordert nun Schadensersatz wegen Nichterfüllung, da er den Wert der Wolle auf 8000 Mark schätzt. In Wirklichkeit ist die Wolle nur 5000 Mark wert. Zimmer folgert nun: Unter der Annahme, daß der Käufer den Kaufpreis noch nicht entrichtet hat, ergibt sich folgendes Resultat: B. muß den Kaufpreis von 7500 Mark zahlen, kann aber selbst nur 5000 Mark beanspruchen; er muß also nach der Aufrechnung noch 2500 Mark herauszahlen. Welch' unglaubliches Resultat! Der vertragstreue Gläubiger erleidet, anstatt daß er für den ohne seine Schuld erlittenen Nachteil entschädigt würde, selbst Schaden! Wo bleibt da die ausgleichende Gerechtigkeit? Wenn Zimmer meint, der Gläubiger hätte sich besser vorsehen und lieber den Rücktritt wählen sollen, so können wir ihm denselben Einwand entgegenhalten, dessen wir uns schon gegen Oertmann[1]) bedient haben, daß nämlich damit des Gläubigers Interesse keineswegs gedeckt ist.

Und wenn wir nun noch den Umstand in Betracht ziehen, daß die Mehrzahl der Vertreter unserer Theorie selbst (Schöller, Staffel, Foertsch) Praktiker sind, und daß die erörterte Frage gerade in der neueren und neuesten Praxis wiederholt in unserem Sinne beantwortet worden ist, so dürften füglich alle Zweifel schwinden, die an der Haltbarkeit unserer Ansicht erhoben werden.

Es soll daher am Schlusse noch auf einige Oberlandes- und Reichsgerichtsentscheidungen der neueren und neuesten Zeit eingegangen werden, welche eine Bestätigung unserer Theorie enthalten.

---

[1]) I, S. 58.

In der Entscheidung des O.L.G. zu Hamburg vom 8. X. 1901[1]) ist der Ansicht Ausdruck verliehen worden, daß im Falle des Erfüllungsverzuges bei Nichtfix-Handelsgeschäften die abstrakte Schadensberechnung zulässig sei. Das Urteil geht gleich uns von der Denkschrift zum neuen H.G.B. aus; ferner legt es ebenfalls das Hauptgewicht auf die auch von unseren Gegnern zugegebenen inneren Wechselbeziehungen der beiderseitigen Verpflichtungen. Schließlich betont die Entscheidung unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Schöllers Ansicht, daß in der Geltendmachung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung nicht eine Ausübung des Rücktrittsrechtes stattfinde, neben welcher unzulässiger Weise Schadensersatz gefordert werde.

Vor allem sei einer Entscheidung des R.G. (vom 11. IV. 1902)[2]) Erwähnung getan, welche mit ausführlicher Begründung zu dem Ergebnisse gelangt, daß, wenn der in Zahlungsverzug befindliche Käufer innerhalb der nach § 326 Abs. 1 bestimmten Frist nicht erfüllt, und der Verkäufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählt, kraft § 326 Abs. 1 S. 2 an die Stelle der ursprünglichen Vertragspflichten beider Parteien ein Anspruch des Verkäufers gegen den Käufer auf Ersatz des Schadens tritt[3]). Die Entscheidung geht in ihrer Begründung von den gleichen Gesichtspunkten aus, die wir unseren Erörterungen zu Grunde gelegt haben. Sie beruft sich zunächst auf den Worlaut der §§ 325, 326, wo von „Nichterfüllung" und der daran geknüpften Folge des Schadensersatzanspruches gesprochen wird, wodurch deutlich genug zum Ausdrucke gebracht werde, daß das Gesetz das zweiseitige Rechtsgeschäft nach keiner Richtung hin

[1]) Vgl. Mugdan und Falkmann IV, No. 1 und 2.

[2]) Entsch. Bd. L, S. 255 ff.

[3]) Vgl. auch die gleichlautende Entscheidung des R.G. vom 4. November 1902 (Bd. LIII, S. 14).

zum Austrage bringen wolle. Die Entscheidung verweist sodann auf den Art. 354 des alten H.G.B., dessen strenge Vorschrift heute nicht mehr beobachtet zu werden brauche. Nachdem die Entscheidung auch den Wortlaut der Denkschrift zum neuen H.G.B. gleich uns berührt und das Verhältnis des Rücktrittes zum Schadensersatze zum Gegenstande der Erörterung gemacht hat, weist sie auf einen etwaigen, anscheinend gegen unsere Ansicht sprechenden Einwand hin, den wir in unserer Darstellung nicht weiter berücksichtigt haben, da er keine allgemeine Bedeutung hat, sich vielmehr nur auf ein spezielles Gebiet bezieht. Man könnte nämlich befürchten, daß durch unsere Theorie Gelegenheit zum Abschlusse der durch den § 764 B.G.B. verbotenen Differenzgeschäfte geboten würde[1]). Mit Recht legt die Entscheidung diesem Einwande keine Bedeutung bei, da durch ausreichende gesetzliche Bestimmungen derartige gesetzwidrige Versuche unschädlich gemacht würden.

Auf der anderen Seite scheint nun allerdings eine wenige Monate nach der obigen getroffene Entscheidung des R.G. (vom 24. VI. 1902)[2]) geeignet zu sein, unsere Theorie wieder umzustoßen. In dieser Entscheidung heißt es nämlich:

„Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung steht dem Gläubiger gegen den säumigen Kontrahenten, und zwar als dessen nunmehrige, kraft Gesetzes an die Stelle der ursprünglichen getretene Vertragsleistung des Gegenkontrahenten zu."

Aus der im „Recht" gegebenen, gekürzten Inhaltsangabe ist ersichtlich, daß unsere Frage nicht den Hauptgegenstand der Entscheidung bildet, daß es sich in derselben vielmehr um Klarstellung des Verhältnisses des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung zum Rück-

[1]) Vgl. auch Adler bei Holdheim, S. 108.
[2]) Im „Recht" S. 482.

tritte handelt. Der betreffenden Stelle ist keine tiefere Bedeutung beizumessen, da sie sich bloß als eine beiläufige Bemerkung darstellt[1]).

Gerade der Umstand, daß in neuerer Zeit die Gerichte wiederholt unseren Standpunkt vertreten haben, dürfte ein nicht zu unterschätzender Faktor bei der Beurteilung der Frage sein, welcher der beiden Theorieen der Vorzug zu geben sei.

C. Schluß.

Rückblick.

§ 17.

Fassen wir noch einmal das Ergebnis unserer Erörterungen in wenigen Worten zusammen, so ist folgendes zu sagen:

Fordert der nichtschuldige, bezw. nichtsäumige Kontrahent nach §§ 325, 326 B.G.B. von dem Gegenkontrahenten Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so wird er, da der letztere Erfüllungssurrogat des ganzen gegenseitigen Vertrages ist, von der Pflicht zur Bewirkung der Gegenleistung frei; andererseits ist er aber berechtigt, nach Belieben seinerseits zu erfüllen. Mithin kommt dem Begriffe „Schadensersatz wegen Nichterfüllung“ in den §§ 325, 326 eine andere Bedeutung als in den allgemeinen Bestimmungen zu.

[1]) In dem Sinne, daß der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung an die Stelle der ursprünglichen Vertragspflicht beider Teile tritt, spricht sich auch die Entscheidung des R.G. vom 23. II. 1904 (Bd. LVII S. 106) aus.